دكتور
جميل الشرقاوى
أستاذ القانون المدنى
كلية الحقوق ــ جامعة القاهرة
المحامى بالنقض

النظرية العامة للالتزام

الكتاب الأول

مصادر الالتزام

١٩٩٥

الناشر
دار النهضة العربية
للطبع والنشر والتوزيع
٣٢ ش عبد الخالق ثروت - القاهرة

تمهيـــــد *

١ ــ الحق الشخصى والحق العينى :

تقسم الحقوق المـالية ، أى الحقوق التى تقوم بالمـال ، الى عدة أقسام على أساس اختلاف موضوعها ، فتسمى الحقوق التى تتمثـل فى سلطة مباشرة يعترف بهـا القانون لشخص على شىء معين بذاته ، كحق الملكية ، حقوقا عينية ، أما الحقوق التى تنعدم فيها هذه السلطة المباشرة

(*) بعض مراجع عربية فى نظرية الالتزامات ، مرتبـة حسب تاريخ نشرهـا :

(١) حلمى بهجت بدوى : أصول الالتزامات ، الكتاب الأول فى نظرية العقد ، القاهرة ١٩٤٣ .

(٢) عبد الرزاق احمد السنهورى : الوسيط فى القانون المدنى الجديد : نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، القاهرة ١٩٥٢ طبعة ثانيـة ١٩٦٤ الاثبات واحكام الالتزام ــ القاهـرة ١٩٥٦ الأوصـاف والحـوالة والانقضاء ، القاهرة ، ١٩٥٨ .

(٣) عبد الرزاق احمد السنهورى : الوجيز فى شرح القانون المدنى ، نظرية الالتزام بوجه عام ، القاهرة ١٩٦٦ .

(٤) أحمد حشمت أبو ستيت : نظرية الالتزام فى القانون المـدنى الجديد ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، القاهرة ، ١٩٥٤ .

(٥) عبد المنعم فرج الصدة : مصادر الالتزام ، القاهرة ١٩٥٨ .

(٦) عبد الحى حجازى : النظرية العامة للالتزام ــ الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، القاهرة سنة ١٩٦٠ .

(٧) انور سلطان : الوجيز فى النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام سنة ١٩٦٤ .

(٨) سليمان مرقس : شرح القانون المدنى ــ ٢ ــ فى الالتزامات ، القاهرة ١٩٦٤ .

=

والتى تتمثل فى قدرة على مطالبـــة شخص أو أشخاص بالقيـــام بعمل أو الامتناع عن عمل ، أى حقوق الدائنية ، فتسمى حقوقا شخصية[١] ،

(٩) اسماعيل غانم : فى النظرية العامـــة للالتزام — مصـــادر الالتزام — القاهرة سنة ١٩٦٨ .

(١٠) محمود جمال الدين زكى : الوجيز فى مصادر الالتزام — القاهرة سنة ١٩٦٨ .

(١١) عبد المنعم البدراوى : النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الأول، مصادر الالتزام ١٩٧١ .

(١٢) منصور مصطفى منصور : مصادر الالتزام ، مذكرات ، القاهرة ١٩٧١ .

(١٣) عبد الودود يحيى : دروس فى النظرية العامة للالتزام ، القاهرة ١٩٧٨ .

(١٤) سليمان مرقس — الوافى فى شرح القانون المدنى — الالتزامات .
المجلد الأول : فى نظرية العقد والارادة المنفردة — ١٩٨٧ .
المجلد الثانى : الفعل الضار والمسئولية المدنية — ١٩٨٨ — ١٩٨٩
المجلد الثالث : الاثراء على حساب الغير — ١٩٩٠ .

وكل المؤلفات السابقة ، عـــدا الاول ، نشرت بعد اصـــدار مدونة القانون المدنى الحالى فى سنة ١٩٤٨ وسنقتصر فى الاشارة اليها على اسم المؤلف .

بعض مراجع فرنسية :

1. Marty et Raynaud : Droit civil t II, ev volume, Les obligations, Paris 1960.
2. Planiol, Ripert et Boulanger, Traie élémentaire de droit civil, t II Paris 1949
3. Colin et Capitant et J. de la Morandière : Cours élémentaire de droit civil, II Paris 1948

(١) ويضيف الفقه فى الوقت الحاضر الى الحقوق العينية والشخصية نوعا ثالثا من الحقوق المـــالية هو الحقوق الذهنيـــة او المعنـــوية وهى الحقوق التى ترد على الانتاج الذهنى للانسان ، وقد مال الراى فى البداية، الى اعتبار هذه الحقوق ملكية ترد على اشياء معنوية ، وبالتالى من صور الحقوق العينية ، ولكن هذا التكييف انتقد على أساس انه يتعارض مـــع احكام الحقوق الذهنية لأن هذه الحقوق ليست مؤبدة كالملكيـــة ، كما أن استئثار المـــالك بحقه لا يتصور فيها ، لذا مال الفقه فى الوقت الحـــاضر الى جعلها نوعا مستقلا من الحقـــوق المـــالية هو الحقوق الذهنيـــة او المعنوية . ولكننا نعتقد مع ذلك أن الحقـــوق الذهنية لا تعـــدو أن تكون

فالحق العينى سلطة مباشرة لشخص على شىء معين ، أما الحق الشخصى فهو قدرة على اقتضاء أداء معين من شخص معين • وتعريف نوعى الحق بالصورة السابقة يبرز خصائص كل منهما ، وبالتالى أوجه الخلاف بين الحق العينى والحق الشخصى ، فالسلطة المباشرة التى تكون للشخص على شىء معين بذاته هى خصيصة الحق العينى وهى التى تفرقه عن الحق الشخصى الذى لا توجد فيه لصاحب الحق هذه السلطة المباشرة على شىء ، وانما مجرد قدرة على مطالبة شخص آخر بأن يؤدى له عملا أو امتناعا تتحقق به المصلحة التى يهدف اليها حقه ، ولا تتحقق لصاحب الحق ، القيمة التى يمثلها حقه ، الا بقيام الشخص الذى يلتزم بأداء العمل (أو الامتناع) بتنفيذ ما يقع على عاتقه من واجب العمل أو الامتناع ، أى أن وساطة الملتزم ضرورة قانونية فى الحق الشخصى ، على خلاف الحال فى الحق العينى حيث تتحقق قيمته المالية بالاعمال التى يباشرها صاحبه على الشىء موضوع الحق بما له من سلطة مباشرة على هذا الشىء •

والتفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى تفرقة تقليدية(١) ، ظهرت منذ القانون الرومانى ، وهى تقوم كما هو واضح على الخلاف

صورة خاصة من الملكية تتميز عن ملكية الأشياء المادية بأحكام تتفق مع الطبيعة المعنوية لمحلها ، وليس هناك ما يمنع من ان تكون للملكية صور متعددة لا صورة واحدة . وبذا تدخل الحقوق الذهنية فى نطاق الحقوق العينية . وعلى اى حال فليس هنا موضع التوسع فى مناقشة تكييف هذه الحقوق وحجج الآراء المختلفة . ولذا نكتفى بهذه الاشارة .

انظر مؤلفنا فى الحقوق العينية الأصلية ، حق الملكية ، القاهرة سنة ١٩٧٣ ، هامش ١ ص ٢٠٣ الفقرة ٦٤ .

(١) فى قوانين العائلة الرومانية الجرمانية ، التى تنتمى فى اصولها الى القانون الرومانى على خلاف الحال فى القانون الانجليزى Common Law ، انظر فى تقسيم الشرائع المعاصرة الى عائلات قانونية ، مؤلفنا فى دروس القانون المقارن — القاهرة ١٩٩٠ ص ٣٦ وما بعدها .

(١) ويشبه هذه التفرقة فى فقه الشريعة الاسلامية ، تفرقة فقهائها بين العين والدين .

فى البنيان ، بين نوعى الحق ، ولكن بعض الفقه ، حاول مع ذلك ، أن يقرب بين نوعى الحق بقصد الغاء التفرقة بينهما ، واتبع فى ذلك احدى طريقتين ، فهو اما أن يرد الحق الشخصى الى الحق العينى ، أو يرد الحق العينى الى الحق الشخصى •

والرأى الذى يذهب الى أن الحق الشخصى كالحق العينى ، يقوم على النظر الى كل منهما كحق ذى قيمة مالية فلا يجد بينهما من هذه الناحية فرقا ، فينظر فى الحق الشخصى الى ما يمثله من قيمة مالية ويراها محل الاعتبار الاول أماما تتحقق به هذه القيمة من عمل (أو امتناع) يلتزم به المدين ، أو ارتباط بين صاحب الحق وهذا المدين ، فليس أمرا مقصودا لذاته ، بل هو وسيلة لتحقيق القيمة المالية للحق • وبهذا يظهر أن الحق الشخصى فى جوهره لا يختلف عن الحق العينى الذى تتمثل قيمته المالية فى فائدة الاعمال التى يحق لصاحبه مباشرتها على الشىء محل الحق ، لان القيمة المالية هى العنصر الاساسى للحق المالى(١) •

أما الاتجاه الثانى فيقوم على التقريب بين نوعى الحق عن طريق تحليل بنيان الحق العينى بصورة تجعله شبيها بالحق الشخصى من حيث أنه يتميز بوجود علاقة بين شخصين أحدهما دائن والآخر مدين• فالحق العينى » فى هذا الرأى ، يتضمن علاقة بين صاحب الحق وكل الاشخاص ما عداه ، فالمدين بالحق العينى هو كل الاشخاص ما عدا صاحب الحق وهم يلتزمون قبله باحترام حقه وعدم الاعتداء عليه •

---

(١) ويرتب الفقه على هذه الطريقة فى النظر الى الحق الشخصى كقيمة مالية ، قبل أن يكون علاقة بين الاشخاص ، قبول الحق الشخصى للتصرفات التى ترد على الحق العينى كالبيع والرهن وغيرهما ، فاذا كان التصرف ناقلا للحق انتقل به الحق الشخصى بذاته ، ولا يتغير لمجرد تغير شخص الدائن أو المدين ويسمى هذا النظر الي الحق الشخصى بالمذهب المادى ، ويعتبر اساسا لاجازة حوالة الحق الشخصى وحوالة الدين ، وهو السائد فى الفقه الالمانى واخذ به فى الفقه الفرنسى « سالى » •

وأصحاب هذا الرأى يلاحظون أن المدين فى هذه الحال غير معين ولكنهم يقولون أن هذا لا يعنى اختلافا جوهريا فى العلاقة التى يصورون بها قيام الحق العينى ، عن العلاقة التى تقوم بين صاحب الحق الشخصى ومدينه المعين ، ويرون أن تحليلهم للحق العينى يكشف عن أن جميع الحقوق ، سواء أسميت عينية أم شخصية ، تتضمن صلة بين دائن ومدين ، ولذا فكلها حقوق شخصية(١) .

ولكننا نعتقد أن هاتين المحاولتين لم تنجحا فى الغاء التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى ، فكون الحق الشخصى ينطوى على قيمة مالية كالحق العينى ، شبه بعيد ، يعنى أن الغاية من نوعى الحقوق من طبيعية واحدة ، لان المصلحة المالية هى غاية الحقوق المالية جميعها ، ولكنه لا يعنى اتحاد الحق العينى ، مع الحق الشخصى فى موضوعه وبنيانه ، ولذلك فان اتفاق الحقين فى تحقيقهما للصالح المالية لا يمنع التمييز بينهما على أساس اختلاف تركيب كل منهما ، فالحق العينى سلطة مباشرة لصاحبه على شىء معين ، والحق الشخصى قدرة على مطالبة شخص آخر بعمل (أو بامتناع عن عمل) ، وهذا يكشف عن فرق بينهما لا يزول بالقول بأن كلا منهما حق مالى .

واذا كان الرأى الاخر يقيم التقريب نوعى الحق على أساس بيان التشابه فى بنيانهما ، ويسلك ، بذلك ، السبيل الصحيح لهذا التقريب، فانه مع ذلك يستند فيما يصل اليه من تشابه بينهما الى أساس غير صحيح ، فهو يبنى شبه الحق العينى بالحق الشخصى على ابراز جانب المدين فيه ، محددا هذا المدين بأنه « كل الناس ما عدا صاحب الحق »، ومضمون التزامهم واحد لا يتغير ، وهو احترام الحق لصاحبه وعدم الاعتداء عليه ، ولكن هذا الواجب الذى يقع على عاتق كل الناس باحترام الحق لصاحبه وعدم الاعتداء عليه ، ليس مقصورا على الحق

---

(١) ومن أبرز المدافعين عن هذا الرأى الثانى الفقيه الفرنسى بلانيول.

العينى • ذلك أنه واجب عام يقع على عاتق الاشخاص بالنسبة لاى حق، وسواء أكان عينيا أم شخصيا بل سواء أكان حقا ماليا أم حقا غير مالى ، فكل حق يقابله واجب على سائر الناس باحترامه ولكن الحق الشخصى يتضمن فوق هذا الواجب العام واجبا خاصا ، أى التزاما على عاتق شخص معين (أو أشخاص معينين)، مضمونه القيام بعمل أو امتناع لمصلحة الدائن (صاحب الحق)، ولا يستطيع صاحب الحق أن يحصل على القيمة التى يمثلها حقه الا بوساطة هذا الملتزم ، مما يجعل تدخل الملتزم ضرورة قانونية لتحقيق هذه القيمة ، فالحق الشخصى يتضمن واجبا قانونيا خاصا على عاتق شخص معين (أو أشخاص معينين) يمثل جانب المدين بهذ الحق ، ولا وجود لمثل هذا الواجب الخاص فى الحق العينى(١) •

ولذلك فان أغلب الفقه مازال يذهب الى ضرورة الاخذ بهذه التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى ، ويعدد النتائج التى تترتب على التميز بينهما(٢) ، كما أن القانون المدنى المصرى يأخذ بالتفرقة

---

(١) ولذلك فان القول بوجود واجب عام على عاتق كل الناس عدا صاحب الحق ، لا يعنى اثقال عاتق كل الناس بالتزامات دون أن تربطهم بصاحب الحق صلة ما ، أو حتى دون ان يعلموا بوجوده ، ذلك أن مضمون هذا الواجب العام لا يخرج عن مضمون الخضوع لقاعدة القانون العامة التى تقضى باحترام حقوق الغير ، وهذا الخضوع لا يعتبر عبئا صعب التحمل ممن يطالب به ، فهو مجرد امتناع عن الاعتداء وهو قيد لا يمكن الاعتراض عليه ، على سلوك الفرد الذى يعيش فى الجماعة التى ينظمها القانون ، كما ان عبئه لا يثقل بزيادة عدد الحقوق التى يجب احترامها .

(٢) من هذه النتائج :

١ — الحق العينى يحتج به على الكافة ، اما الشخصى فسريانه نسبىعلى أطراف العلاقة القانونية .

٢ — الحق العينى لا ينافى بطبيعته ، الدوام ، على خلاف الحق الشخصىفهو مؤقت بطبيعته .

٣ — الحق العينى يكسب بالتقادم ، اذا كانت الاشياء التى ينصب عليها تقبل الحيازة ، ولا يكسب الحق الشخصى بالتقادم .

ويضع نصوصه فى قسمين أولهما يضم قواعد تنظيم الحقوق الشخصية (فى المواد من ٨٩ الى ٨٠١) والقسم الثانى ينظم الحقوق العينية (فى المواد من ٨٠٢ الى ١٩٤٩) •

٢ — معنى الالتزام وعناصره :

رأينا أن الحق الشخصى يقابله واجب قانونى خاص على عاتق شخص معين أو أشخاص معينين بالاضافة الى الواجب القانونى العام الذى يقابل كل الحقوق ، ويتحمل به الناس كافة ، هذا الواجب القانونى الخاص هو ما يسمى فى الفقه والنصوص بالالتزام • الا أنه يلاحظ أن مصطلح الالتزام يعتبر فى كثير من الاحيان تعبيرا عن الحق الشخصى ومرادفا له ، لا مجرد اشارة الى جانب المدين فيه(١) •

بل ان التعبير عن الحق الشخصى بالالتزام هو الحال الغالبة • ولذلك فان النصوص التى تنظم الحق الشخصى تدور حول قواعد الالتزام وتنظيم المركز القانونى للملتزم ، ولا تكاد تذكر مصطلح الحق الشخصى أو صاحب هذا الحق(٢) •

والواقع أن كلا من مصطلح الحق الشخصى والالتزام ، لا يختلف فى مدلوله عن الآخر ، ذلك أنهما وجهان لشىء واحد ، ان نظرنا اليه من

---

٤ — الحق العينى ، اذا كان حقا تبعيا ، يخول ميزتى التتبع والأولوية ، ولا شىء من هذا فى الحق الشخصى •

(١) كما فعل الشارع المصرى فى عنوان القسم الأول من المجموعة المدنية اذ جعله « الالتزامات او الحقوق الشخصية » •

(٢) ففى المجموعة المدنية المصرية يتناول الكتاب الأول من القسم الأول « الالتزامات بوجه عام » ، والباب الأول منه ينظم مصادر الالتزام ، والباب الثانى آثار الالتزام وأغلب نصوص هذا الباب لا تذكر سوى الالتزام والملتزم •

جانب الدائن فهو حق شخصى ، واذا نظرنا اليه من جانب المدين فهو التزام ، أى أن الالتزام هو وجه الحق الشخصى من ناحية المدين ، ولكن تسمية الالتزام تغلب ، فى الفقه وفى النصوص ، على تسمية الحق الشخصى .

ويمكن أن تبرر غلبة تسمية الالتزام على تسمية الحق الشخصى ، بجوهرية دور الملتزم فيه ، كما أن عناية النصوص بتنظيم المركز القانونى للملتزم ، يمكن أن تفسر بأهمية عمل هذا الملتزم فى تحقيق القيمة التى يمثلها الحق الشخصى ، على خلاف الحال فى الحق العينى حيث تتحقق القيمة التى يمثلها من الاعمال التى يمارسها صاحب الحق على « الشىء » الذى ينصب عليه الحق بمقتضى ما له من سلطة مباشرة عليه ، فواجبات المدين فى الحق الشخصى هى التى تحدد وتحقق قيمته المالية ، أما فى الحق العينى فسلطات صاحب الحق هى أساس تحديد وتحقيق هذه القيمة .

واذا كانت دراسة الفقه للحق الشخصى تتم فى دراسة الالتزام ، فان الفقه يبدأ هذه الدراسة بتعريف الالتزام ، ويختلف الفقهاء فى تعريفه اختلافا يقوم على اختلاف مذهبهم فى النظر الى الالتزام ، فالبعض يغلب أهمية الاشخاص على الموضوع ، وينظر الى الالتزام نظرة شخصية ، ولذا يعرفه بأنه رابطة قانونية بين دائن ومدين ، يلتزم المدين بمقتضاها أن يقوم بعمل ، أو أن يمتنع عن عمل ، لمصلحة الدائن ، ويذهب البعض الآخر الى أن النظرة الشخصية للالتزام التى تجعل الرابطة بين الدائن والمدين ، دون القيمة المالية التى يمثلها الالتزام، العنصر الجوهرى للالتزام ، تتفق مع منطق القانون الرومانى الذى كان يجعل للدائن سلطة على جسم الملتزم ، لكنها لا تتفق مع الافكار الحديثة التى تجعل الالتزامات المالية متعلقة بذمة المدين لا بجسمه ولذلك يجب ألا تكون للاشخاص فى الالتزام الا أهمية ثانوية ، وأن يركز الاهتمام على ما يمثله من قيمة مالية تعتبر عنصرا فى الذمة المالية ،

وتقبل التصرفات المختلفة ، « بقطع النظر عن صلتها بشخص معين أو دائن معين »(١) ، ولذا يعرفون الالتزام تعريفا يغلب هذه النظرة المادية ، بأنه : حالة قانونية المقصود منها قيام شخص أو أشخاص معينين بعمل أو امتناع عن عمل(٢) • وهناك طائفة ثالثة من الفقهاء ترى أن تجتمع كل من النظرتين الشخصية والمادية الى الالتزام ، فى تعريفه، فيعرف بأنه حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل(٣) •

ولكننا نعتقد أن تعريف الالتزام لا يرتبط فى صورته بنظرة مادية أو شخصية الى الالتزام ، فهذا التعريف يجب أن يكون دالا على معناه ومبنيا على تصوير تركيبه وبنيانه ، بصرف النظر عن أية نظرة اليه ، أى يجب أن يبنى على تحليل دقيق لمعنى الالتزام فى ذاته • والالتزام

---

(١) سليمان مرقص ، فقرة ١٢ .

(٢) ويربط الفقه بين الأخذ بالمذهب المادى فى النظر الى الالتزام وبين تحقق نتائج عملية معينة ، لا تتحقق مع النظرة الشخصية الى الالتزام منها :

(أ) امكان حوالة الحق وحوالة الدين ، على أساس أن العبرة فى الالتزام بمحله لا بأشخاصه فيجوز تغير هؤلاء الأشخاص دون أن يعنى ذلك ، بالضرورة ، تغير الحق نفسه ، على خلاف ما يترتب على الأخذ بالمذهب الشخصى .

(ب) عدم اعتبار الرابطة بين الدائن والمدين ، أى صاحب الحق والملتزم ، جوهر الالتزام ، ولذا يمكن التسليم بنشوء الالتزام بالارادة المنفردة ، أى بارادة الملتزم دون حاجة الى مشاركة من ارادة الدائن لنشوء هذا الالتزام ، وكذا تصور قيام الحقوق قبل أن يوجد أصحابها كما فى حال الاشتراط لمصلحة أشخاص لم يولدوا بعد ، فى عقد التأمين ، أو دون أن يحدد صاحب الحق كما هى الحال فى السند لحامله .

(٣) قرب تعريف السنهورى ، المصادر ، فقرة ١٤ وسليمان مرقس ، فقرة ١٥ وأنور سلطان ، فقرة ١٦ وانظر فى تعريف الالتزام بأنه رابطة وليس « حالة قانونية » . أبو ستيت . فقرة ٣٥ ، وبهجت بدوى ، فقرة ١٧ وعبد المنعم الصدة ، فقرة ١٤ وعبد الحى حجازى ، فقرة ٧ وعبد المنعم البدراوى ، فقرة ١٠ .

باعتباره الواجب المقابل للحق الشخصى ، يمكن أن يعرف تعريفا له هذه الخواص بأنه « واجب قانونى خاص يجعل على عاتق شخص أن يقوم بأداء (عمل أو امتناع) ذى قيمة مالية لمصلحة شخص آخر » ، وهو تعريف مقابل لتعريف الحق الشخصى بأنه « قدرة على اقتضـــاء أداء معين (بعمل أو امتناع) ذى قيمة مالية من شخص معين » ، وهو يبرز المعنى المستقل لكل من الحق الشخصى ، والالتزام ، ويكشف فى نفس الوقت عن اتصالهما الضرورى الوثيق ، باعتبـــارهما وجهـــين لشىء واحـــد .

ويلاحظ أن وضع التعاريف وبيان معنى المصطلحات ، عمل فقهى لا يدخل فى وظيفة الشارع ، ولذا فليس من اللازم أن تتضمن نصوص التشريعات تعريفا للالتزام ، وهذه هى الحال فى القانون المدنى الحالى ، فقد حذف من مشروعه الاول نص كان يعرف الالتزام بأنه « حالـــة قانونية مقتضاها يجب على الشخص أن ينقل حقا عينيا أو أن يقـــوم بعمل أو امتناع » ، وبرر هذا الحذف بضرورة تجنب التعريفات فيمـــا لا ضرورة لتعريفه ، وبذا لم تتضمن المجموعة المدنية الحالية نصا لتعريف الالتزام ، على خلاف الحال فى المجموعة المدنية السابقة[١] ، وواضح من صيغة التعريف المحذوف أن واضعه كان يقصد الى الافصاح به من ميله الى ما يسمى المذهب المـــادى فى النظر الى الالتزام .

---

(١) كانت المـــادة ٩٠ من المجموعة السابقة تعرف الالتزام (وتسميه التعهد) بأنه « ارتباط قانونى الفرض منه حصول منفعة لشخص بالتزام المتعهد بعمل شىء معين او بامتناعه عنه » .

وفى القانون الفرنسى وجد تعريف للالتزام يختلط بتعريف العقد . فى المـــادة ١١٠١ من القانون المدنى الفرنسى .

واذا حاولنا تحديد خصائص الالتزام ، كما يكشف عنها تعريفنا له بأنه واجب قانونى خاص على شخص بأن يقدم أداء ذا قيمة مالية لشخص آخر ، يمكننا أن نحددها بثلاث :

الاولى : أنه واجب قانونى •

والثانية : أنه واجب خاص •

والثالثة : أنه واجب ذو قيمة مالية •

(أ) الالتزام واجب قانونى :

فهو واجب بمعنى أنه ارتباط بسلوك معين(١) يتمثل فى القيام بعمل أو امتناع عن عمل ، لمصلحة شخص آخر هو الدائن (أو صاحب الحق)(٢) • ويذهب كثير من الفقهاء الى أن صورة الاداء لا تقتصر على العمل أو الامتناع ، بل يضيفون اليهما صورة ثالثة هى صورة انشاء أو نقل الحق العينى • كالتزام البائع بنقل ملكية المبيع ، ويقولون أن محل الالتزام فى هذه الحال هو نقل الملكية أو الاعطاء ، ويرون أن الالتزام اما أن يكون التزاما باعطاء (نقل ملكية) أو التزاما بعمل أو بامتناع عن عمل • ولكن بعض الفقهاء لاحظوا بحق أن نقل الملكية (أى الاعطاء) لا يتحقق الا بعمل يقوم به الملتزم ، ولذا لم يروا فى الالتزام باعطاء الا صورة من الالتزام بعمل • وقصروا صور الالتزام

---

(١) انظر : Vacabulaire de la phylosophie : A. LALANDE طبعة سنة ١٩٥١ ص ٢٢٥ .

(٢) من صور الالتزام بعمل : التزام المقاول بتنفيذ الأعمال لحساب صاحب العمل . او الوكيل بابرام التصرفات نيابة عن الموكل ومن صور الالتزام بامتناع عن عمل التزام بائع المحل التجارى بعدم ممارسة نفس نوع التجارة فى نفس الحى الذى يقع فيه المحل المبيع .

على صورتى الالتزام بعمل والالتزام بامتناع عن عمل(١) .

والالتزام واجب قانونى ، وهذا يعنى أن وجوبه يفرض على الملتزم فى ظل الجزاءات التى يكفل بها القانون احترام المراكز التى تنشأ للافراد بقواعده ، أى يفرض بالجزاءات القانونية ، والجزاء القانونى هو رد فعل ذو طابع مادى أو خارجى تفرض به الجماعة ، باستخدام السلطة العامة ، طاعة القانون على كل من يريد مخالفته أو تقتص منه بسبب ارتكابه المخالفة ، وأمثلته فى نطاق الحقوق المالية ، القسر على التنفيذ ان كان ممكنا ، أى التنفيذ العينى الجبرى ، والزام المخالف بتعويض ما لحق بالغير من ضرر ، أو فسخ العقود لحرمان المخالف مما يكسبه بها من حقوق وغير ذلك ، وهو يختلف بذلك عن الجزاء الخلقى الخالص الذى يتمثل فى أغلب الاحوال ، فى لوم المخالف أو الاشمئزاز من فعله دون محاولة رده عن مخالفته ، وكذا يختلف عن الجزاء الدينى الذى يتمثل فيما يلحق مخالف قاعدة الدين من عذاب فى الآخرة(٢) .

---

(١) انظر البدراوى . نقرة ١٢ .

ومن الممكن ان يعبر عن السلوك الذى يتحقق به الامتناع عن العمل ، بانه عمل . فتصبح الالتزامات جميعا نوعا واحدا ، هو الالتزام بعمل .

وتقسم الالتزامات من حيث موضوعها تقسيما آخر الى التزامات ببذل عناية (بوسيلة) والتزامات بتحقيق نتيجة (أو بغاية) . فالتزام الطبيب بعلاج المريض التزام ببذل العناية لشفائه (أى هو التزام بوسيلة) والنتيجة المقصودة من عمله هى الشفاء . ولكن الطبيب لا يلتزم بالشفاء . أما التزام البائع بنقل الملكية فى البيع أو فى غيره من التصرفات الناقلة للملكية فهو التزام بتحقيق نتيجة معينة هى حصول المكتسب على الملكية ولا يعتبر المدين قد وفى بالتزامه ولو بذل كل الجهد لتحقيقها ، اذا كانت لم تتحقق فعلا ، رغم انها غير مستحيلة التحقيق . وسيظهر اثر هذه التفرقة فى احكام المسئولية عند التقصير فى الوفاء بالالتزامات العقدية .

(٢) ويلاحظ انه اذا كان لقاعدة الدين او قاعدة الاخلاق جزاء وضعى توقعه السلطة العامة ، فان هذا يعنى انها تكون قاعدة قانونية فى نفس الوقت ، أى تكون مزدوجة الصفة ، وجزاؤها الوضعى يترتب باعتبارها قاعدة قانونية لا باعتبارها قاعدة دينية او خلقية .

فتسمية الالتزام تقتصر على الواجب القانوني ، ولا يمكن أن تمتد الى أي واجب آخر غير قانوني سواء أكان واجبا أخلاقيا أو دينياء ويضطرنا الى تأكيد هذه الحقيقة ما قد يثور من لبس بسبب كلام الفقه عن التزام لا يجبر القانون المدين به على الوفاء به ، يسمى الالتزام الطبيعي . فالفقهاء يفرقون بين الالتزام والواجب الخلقي أو الواجب الديني ، ولكنهم يميزون في الالتزام بين الالتزام المدني ، أي الالتزام الذي يتمثل في واجب قانوني . والالتزام الطبيعي الذي لا يفرض وجوبه بالجزاء القانوني بصورة كاملة ، ويقولون أن المدين بالتزام طبيعي لا يمكن جبره على أدائه ، ولكنه ان وفى به مختارا أي من تلقاء نفسه ،كان وفاؤه صحيحا لا يستطيع أن يرجع فيه ، لانه وفاء بالتزام قائم في ذمته ، وان كان لا يجبر على الوفاء به قضاء . كما يقولون أن تعهده بالوفاء به تعهد صحيح يحيل الالتزام الطبيعي الى التزام مدني، ومن أمثلة هذا لالتزام الطبيعي التزام المدين الذي سقط حق الدائن في مطالبته بالوفاء لمضي المدة (بالتقادم) ، فالدائن لا يستطيع أن يستوفي حقه جبرا على المدين بعد مضي المدة ، ولكن للمدين أن يفي من تلقاء نفسه ، فان وفى لم يكن متبرعا ، ولذا يلتزم بالوفاء باعتباره وفاء صحيحا ، ولا يحق له الرجوع فيه[١] .

ولكننا نلاحظ أن استعمال لفظة « الالتزام » للدلالة على ما يكون على المدين بعد تعذر اجباره على الوفاء بمضي مدة التقادم المسقط ، وعلى غير تلك الصورة من صور الالتزام الطبيعي ، قد يفهم منه أن الالتزام قد لا يكون واجبا قانونيا يمكن الاجبار على وفائه . صحيح أن الالتزام يوصف في هذه الحال بأنه طبيعي بقصد تمييزه عن « الالتزام المدني » واشارة الى عدم جبر المدين على الوفاء به ، ولكن

---

(١) ومن أمثلته كذلك التزام الاب بدفع المهر عن ابنه او التزامه بجهاز ابنته ، فكل من الابن او البنت لا يستطيع أن يجبر الأب على الوفاء به ، ولكن الأب أن وفى به ، كما يقول الفقه ، يكون منفذا لالتزام طبيعي في ذمته .

من اللازم مع ذلك أن يقصر استخدام مصطلح «الالتزام» على الواجب القانونى الذى يجبر القانون المدين على الوفاء به • ويلاحظ أن الفقه يقول أن تصحيح الوفاء بالالتزام الطبيعى يعنى أن هذا الالتزام له أثر قانونى ناقص يرفعه عن مرتبة الواجب الخلقى ، وان كان لا يرقى به الى مرتبة الالتزام المدنى ، مما قد يعتبر تبريرا لتسميته بأنه التزام ناقص ، الا أننا نعتقد أن تفسير صحة الوفاء فى أحوال الالتزام الطبيعى لا يحتـــاج ، بالضرورة ، الى وصف واجب الموف ، بأنه التزام ، ولو سمى طبيعيا ، بل يمكن تبرير تصحيح الوفاء على أساس أنه واجب خلقى يرتب القانون على الوفاء به اختيارا ، أو التعهد به ، تصحيح هذا الوفاء أو التعهد ، ولكن ليس معنى ذلك أن هذا الحكم يترتب على الوفاء بكل واجب خلقى(١) ذلك أن تطبيقه يقتصر على واجبات خاصة تبدو فائدة تقريره بالنسبة لهـــا ، وهى واجبات قد يعينها القانون ، وقد يترك تعيين بعضها الى القضاء •

على أن التشريع المصرى يستخدم فى نصوص المجموعة المدنيـــة الحالية ، مصطلح الالتزام الطبيعى وينظم أحكامه فى المواد من ١٩٩ الى ٢٠٢ ، وهو يقضى فى المـــادة ٢٠٠ بأنه اذا لم يقرر الشـــارع فى النصوص قيام التزام طبيعى فان القاضى يقدر ما اذا كان هذا الالتزام قائما فى الحالة المعروضة عليه وأنه على كل حال لا يجوز أن ينشـــأ التزام طبيعى مخالف للنظـــام العام(٢) ، ولكن استخدام النصـــوص لتسمية الالتزام الطبيعى ، لا يمنح هذا المصطلح قوة تجنبه النقـــد ، ولذا فمن الاوفق أن يعدل الشارع عن استخدامه •

ويتداول الفقه الحديث تحليـــلا للالتزام يظهر فيـــه التمييز بين

---

(١) او التعهد بهذا الوفاء •

(٢) ونعود الى عرض أحكام هذا « الالتزام الطبيعى » فى الكلام عن احكام الالتزام •

« الواجب » أى مضمون الالتزام من عمل أو امتناع ، وبين عنصر الجبر على أداء هذا الواجب بالجزاءات القانونية ، أى قانونية هذا الواجب » فالفقه يقول أن للالتزام عنصرين ، عنصر المديونية ، وهو مضمون الالتزام من حيث الارتباط بسلوك معين ، عملا كان امتناعا عن عمل (وهذا هو ما نسميه الواجب) ، وعنصر المسئولية ، وهو تعرض المتحمل للواجب السابق لاجباره على الوفاء ، بالجزاءات القانونية . والالتزام لا يكمل الا باجتماع هذين العنصرين ، فان وجد أحدهما وحده كان الالتزام ناقصا ، كما هى الحال فى الالتزام الطبيعى ، حيث يتوافر عنصر المديونية دون المسئولية(١) . ولكننا نعتقد أن جوهر الالتزام هو عنصر الاجبار ، فان تخلف وجب القول بعدم وجود أى التزام ولا يكفى لبيان هذا المعنى أن يقال أن الالتزام يوجد ولكنه يكون ناقصا .

(ب) الالتزام واجب خاص :

ومعنى أنه واجب خاص أنه ينشىء على عاتق الملتزم عبئا محددا، يثقل ذمته ، لسبب خاص يقوم بالنسبة له دون غيره من الاشخاص الذين لا يتحملون بالتزامات . والالتزام باعتباره واجبا قانونيا خاصا ، يتميز عن الواجب القانونى العام الذى ينشأ على عاتق كل شخص فى جماعة يحكمها القانون ، بأن يحترم حقوق الغير سواء أكانت حقوقا مالية أو غير مالية ، فهذا الواجب العام له مضمون ثابت لا يتغير هو عدم الاعتداء على حق الغير ، أى أنه واجب بالامتناع عن الاعتداء ، أما الواجب الخاص فى الالتزام فمضمونه متغير مع تغير الغرض منه ، وهو فى أغلب صوره واجب مضمونه القيام بعمل لمصلحة شخص

---

(١) ولا يتصور فى الواقع ان توجد مسئولية مجردة ، اى دون مديونية ، وان كان الفقه يضرب امثلة لحالات توجد فيها المسئولية دون ان تكون هناك مديونية ، انظر عبد الحى حجازى ، فقرة ١٠ وما بعدها .

آخر(١) . ومن ناحية أخرى فان الواجب العام ينشأ على عاتق كل الاشخاص بلا تفرقة ، لمجرد اعتبارهم أعضاء فى الجماعة ، ودون حاجة الى قيام سبب خاص لترتيب هذا الواجب على عاتقهم ، ومضمونه السلبى دائما ، لا يجعل منه عبئا ثقيلا على من يحمل به ، فهذا الواجب لا يعنى فى الحقيقة ،أكثرمن الخضوع للنظام الذى يفرضه القانون ، وهو الخضوع الذى يحتمه بالضرورة مجرد كون الفرد عضوا فى جماعة يحكمها القانون . أما الالتزام فهو عبء خاص على عاتق الملتزم(٢) ولذا فلابد من توافر سبب خاص لنشوئه على عاتق هذا الملتزم ، أى لابد من حدوث واقعة تعتبر مصدرا لالتزامه ولا يكفى لذلك مجرد كونه عضوا فى الجماعة ، وسواء أكانت هذه الواقعة المنشئة للالتزام عملا اراديا ، أى تصرفا قانونيا ينشىء التزامه بما تعهد به ، أو فعلا ضارا يرتب عليه الالتزام بتعويض الغير المضرور ، أو اثراء أصابه على حساب الغير يوجب عليه رد هذا الاثراء ، أو واقعة طبيعية كالنسب ، أو القرابة التى تجعل الشخص مسئولا عن نفقة أقاربه المحتاجين .

(ج) الالتزام واجب ذو قيمة مالية :

الالتزام هو الواجب المقابل للحق الشخصى وهو صورة من الحقوق المالية ، ولذا فمن الطبيعى أن تكون له قيمة مالية ، والقيمة المالية للالتزام تقتضى ألا تكون المصلحة التى تتحقق من الوفاء بالاعمال الواجبة بمقتضى الالتزام ، غير قابلة للتقويم بالنقود ، وعلى ذلك فواجبات الاسرة ، كواجب الابناء احترام الوالدين ، أو واجب الوالد فى رعاية وتربية أولاده وكذلك واجب الموظف فى أداء عمله بالذمة

---

(١) يذهب عبد الحى حجازى الى ان الواجب فى الالتزام له قيمة مالية ، وان هذه المالية هى التى تميز الالتزام عن الواجب القانونى العام ، ولكننا نعتقد ان خصوصية الواجب فى الالتزام هى التى تجعله ذا قيمة مالية بذاته ، وعمومية الواجب العام هى التى تجعله غير قابل لتقدير قيمته ، ولو كان واجبا باحترام حق مالى .

(٢) ولذا تتعدد هذه الواجبات الخاصة ، وتعدد الحقوق المقابلة ، يعنى ، تحمل ذمة الملتزم بأعباء تتزايد مع تعدد هذه الحقوق .

والامانة ، لا تعتبر التزامات بالمعنى الدقيق لمصطلح الالتزام ، الذى يقصر الالتزام على الواجب القانونى الخاص ذى القيمة المالية(١) •

٤ — نظرية الالتزام — اهميتها وخصائصها :

نظرية الالتزام هى النظرية التى تضم القواعد والمبادىء المتعلقة بتنظيم الالتزام بصفة عامة ، من حيث كيفية نشوئه ، أى مصادره ، ومن حيث الآثار التى تترتب عليه والاحكام التى تلازم وجوده والاسباب التى تؤدى الى زواله أو انقضائه ، ونظرية الالتزام هى فى نفس الوقت ، نظرية الحق الشخصى ، كما سبقت الاشارة ، فالالتزام ليس الا الوجه السلبى لهذا الحق ، وهو الجانب الاكثر أهمية كما سبق القول ، ولذا غلبت تسمية الالتزام على تسمية الحق الشخصى، ودرست أحكام هذا الحق فى نظرية عامة للالتزام •

والحقوق المالية منها ، كما نعلم حقوق شخصية وحقوق عينية ، واذا كانت للحقوق الشخصية نظرية عامة يعنى بها الفقه ، ويخصص الشارع لقواعدها كثيرا من نصوص التشريع ، فاننا لا نجد فى الفقه عناية بنظرية عامة للحق العينى ، كما أن التشريعات لا تتضمن نصوصا لقواعد مثل هذه النظرية • والسبب فى اختلاف مسلك الفقه والتشريع حيال نوعى الحقوق يرجع ، فيما نرى ، الى ما تتميز به الحقوق العينية عن الحقوق الشخصية من أنها محددة فى القانون على سبيل الحصر ، لا يستطيع الافراد أن يستحدثوا منها غير ما نظمه القانون ، فالحقوق العينية هى الملكية والانتفاع والارتفاقات التى نظمها القانون ، والحكر،

---

(١) وتكفى أن تكون الاعمال الواجبة قابلة بذاتها للتقويم بالنقود ولو لم تستهدف بها فى حالة واقعية معينة الا مصالح معنوية ما دامت جدية ومشروعة ، انظر الاشارة الى فتوى الفقيه ايرنج فى قضية الجمعية السويسرية للنهوض بالنقل بالسكك الحديدية والشركة السويسرية للنقل بالسكة الحديدية ، فى بهجت بدوى ، فقرة ١٨ وهامش ٢ ص ٢٤ •

وكذا الرهن ، رسميا كان أم حيازيا ، والاختصـاص والامتيازات[١] وكل منها يختلف فى مضمونه ، أى فى السلطات التى يخولها لصاحبه، عن الحق العينى الآخر ، ويتميز كل منهـا بهذا المضمون ، ممـا يقتضى تحديد هذا المضمون فى دراسة كل حق منها ، أما الحقوق الشخصيـة فهى غير قابلة للحصر ، ذلك أنه ان وجد من الحقوق الشخصية ما ينشأ مباشرة بحكم القانون استنادا الى واقعة طبيعية كالحق فى النفقة الذى ينشأ من التزام الاب بالانفاق على أبنائه ، فان أكثر الحقوق الشخصية ينشأ من التزام يترتب على عمل ينسب الى شخص معين ، كالفعـل الضار الذى يلزم مرتكبه بتعويض ما أحـدثه فعله من ضرر وينشىء للمضرور حقا فى التعويض ، أو الاثراء على حساب الغير ، أو العمـل الارادى أى التصرف القانونى الذى يتعهد به شخص بأداء لمصلحـة آخر ، فى معاملة بينهما ، والالتزامات التى ينشئها الافراد بارادتهـم لا تحديد لها فى القانون ، فللافراد أن ينشئوا برضائهم أى التزام ، دون أن يلتزموا فى ذلك « قوالب » يحددها القانون مقـدما ، ولكن بشرط ألا يهدفوا باتفاقاتهم الى الاضرار بالمصالح الاساسية للجماعة

---

(١) ويرجع حصر الحقوق العينية الى طبيعة هذه الحقوق باعتبارهـا سلطة على شىء معين ، مما يخرج انشـاء هذه الحقوق عن نطـاق قدرة الارادة او سلطانهـا ، ذلك ان تخصيص سلطـة صاحب الحق العينى ووصلها بشىء من اشياء العالم الخارجى يستلزم تدخل قوة فوق الارادة الفردية لفرض هذا الاتصال على الكافة ، اى لخلق الحق العينى كسلطة مباشرة لصاحبه على شىء معين او كمركز موضوعى يفرض على الجميع ، هذه القوة تتمثل فى حكم القانون ، اما الحقوق الشخصية ، وخصوصـا تلك التى تنشأ بتعهد شخص بعمل او امتناع ، اى بالعمل الارادى ، فان موضوعها وهو عمل الملتزم او امتناعه ، يقبل بطبيعته ، ان يكون فى نشوئه منوطا بالارادة الفردية لأنه خاص بصاحبه ، ولا يفرض على غيره ، ممـا يسمح بأن تتعدد صوره الى غير حد ، حسب ارادات الأفراد ، ويسـمح بالتالى ان تصبح الحقوق الشخصية التى محلها عمل الملتزم او امتناعه ، غير قابلة للحصر فى القانون .

أو الى مخالفة أوامر القانون ، أى بشرط ألا يكون فى الاتفاق ما يخالف النظام العام وحسن الآداب(١) .

هذا بالاضافة الى أن هناك اتفاقا فى المبادىء الاساسية التى تحكم الحقوق الشخصية (أو الالتزامات) فى نشوئها ، خصوصا بالنسبة للالتزامات التى تنشأ بالارادة ، وفى أحكامها ، ولا تظهر فروق فى هذه الاحكام بين حق شخصى وآخر ، الا فى القواعد الثانوية التى تحدد محل الالتزام .

وحصر الحقوق العينية وتميز مضمون كل منها يمكن من تنظيمها فى التشريع أو دراستها فى الفقه واحدا واحدا ، أما الحقوق الشخصية ، أو الالتزامات ، التى لا يمكن أن تحصر والتى يقوم فيها تشابه كبير فى الاحكام الاساسية ، فلا يمكن أن يتبع بالنسبة لها هذا المسلك ، ولذا ظهرت الحاجة منذ وقت طويل الى وضع القواعد العامة للالتزامات ، أى القواعد التى تحكم أى التزام ، دون حاجة الى تحديد صورته الخاصة ، فتبين متى ينشأ ، أى مصادره كما تبين آثاره وأحكامه وأسباب انقضائه ، فالحاجة الى نظرية عامة للالتزام ترتبط بطبيعة الالتزام ذاتها(٢) ، ولذا لم تظهر مثل هذه الحاجة بالنسبة للحق العينى .

ويلاحظ أن للالتزامات أهمية عملية كبرى ، ذلك أن التعامل بين الافراد يتم بالاتفاقات ، أى الاعمال الارادية وهى أهم مصادر الالتزامات (والحقوق الشخصية) ، وبجانب الاتفاقات تنشأ التزامات

---

(١) وكل من الفعل الضار أو الاثراء بلا سبب ، الذى ينشىء الالتزام على عاتق من ينسب اليه ، ليست له صور محددة محصورة ، وانما توضع له شروط يؤدى توافرها الى نشوء الالتزام باية صورة من صور الافعال الضارة أو الاثراء بلا سبب .

(٢) وقد وجدت مبادىء نظرية الالتزام فى فقه القانون الرومانى ، وعن هذا الفقه أخذها فقه وتشريعات القوانين الحديثة .

وحقوق من الوقائع الاخرى ، كالافعال الضارة أو الاثراء بلا سبب ؛ بل أن الحقوق العينية نفسها تنشأ أو تنتقل فى الصورة المعتادة عن طريق الاتفاق ، بالبيع أو بالهبة مثلا ، مما يعنى أن نشـــوء الالتزام (وما يقابله من حق شخصى) يمثل مرحلة من مراحل نشوء الحقوق العينية فى أغلب الاحوال ، وكذلك تظهر أهمية نظـرية الالتزامات فى نطاق حقوق الاسرة ، ولو أنها حقوق بطبيعتها لا تقوم بالمـال فأساس تكوين الاسرة وهــو الزواج يتم بالاتفاق أى بالعقـد ، وكل حق من حقوق الاسرة يقابله واجب خاص يقع على عاتق أحـد أفراده ، أى يقابله واجب قانونى (وان لم يكن ذا قيمة مالية) ، وتحديد مضمون هذا الواجب وأحكامه يعتمد على مبادىء نظرية الالتزام • وكل هذا يكشف عن أن قواعد نظرية الالتزامات تكون الجزء الاهم من قواعـد القانون المدنى(١) • بل أن تطبيق مبادىء نظرية الالتزام لا يقتصر على العلاقات التى يحكمها القانون المدنى ، فهو يمتـد الى العلاقات التى يحكمها القانون التجارى ، باعتباره فرعا من فروع القانون الخاص ، كما تظهر لتطبيقها مجالات متعددة فى نطاق القانون العام ، كالقانون الادارى (بالنسبة لكثير من أحكام العقود الادارية وأحكام المسئولية عن الافعال الضارة) ، والقانون الدولى العام (مثلا بالنسبة لقواعـد الاتفاقات الدولية أو المعاهدات أو المسئولية عن التعويض) • ممـا يعنى أن أهمية نظرية الالتزام وفائدتها تمتد الى كل فروع القانون(٢)•

---

(١) ويبرز الفقه اهمية نظرية الالتزام فى القانون المدنى بقوله انهـا دعامته أو عموده الفقرى ويقول البعض انها بالنسبة له كنظرية القيمة فى علم الاقتصاد .

(٢) ونظرية الالتزام تتكون ، كما قلنا ، من المبادىء والقواعد التى تحكم الالتزام بصفة عامـة ، اى القواعـد والمبادىء المشـتركة بين كل الالتزامات ، والتى تنظم وجودها واحكامها ، وهذه الأحكام العامة لا يمكن أ ن تظهر فى العهود الاولى لأية شريعة من الشرائع ، اذ تبدأ الشرائع دائما بقواعد الفروع واحكام المسائل الجزئية ، ولا تظهر فيها القواعد الأصولية والأحكام الكلية الا بعد اكتمالها واستوائها شريعة تامة ، كما ان النظريات

وقواعد النظرية العامة للالتزام ، لها الخصائص المميزة لمبادىء نظرية عامة ، فهى توضع لتطبق على فروض كثيرة قد تختلف فيما بينها فى بعض التفصيلات ، ولذلك تقتصر على القواعد المشتركة بين سائر الالتزامات وتتخذ فى صياغتها طابع التجريد ، وتقوم على الاستدلال العقلى والمنطق فى نطاق واسع ، ولذا تتمتع قواعدها بثبات نسبى ، لان الحاجة الى تغييرها لا تقوم مع كل تغير يحدث فى قواعد القانون خصوصا فى القواعد التفصيلية الجزئية ، بل لا تظهر هذه الحاجة الا مع تغير المبادىء الكلية والاصول ، ومثل هذا التغيير لا يتم الا خلال فترة طويلة من الزمان ، وكنتيجة لتغير عميق فى الافكار أو تحول أساسى فى الظروف الاقتصادية والاجتماعية ، ولذا فان كثيرا من قواعد نظرية الالتزامات ، كما وجدت فى الفقه الرومانى ، ما زالت تجد تطبيقا لها فى القوانين الحديثة ، ولكن هذا لا يعنى أن نظرية الالتزام فى العصر الحديث هى نفس نظرية القانون الرومانى ، فقد تغيرت فى العصور الحديثة ، الظروف الاقتصادية والاجتماعية والفكرية تغيرا عميقا بالنسبة لما كانت عليه أيام الرومان ، وتغيرت بالتالى ، كل قاعدة من قواعد نظرية الالتزامات تتأثر بهذا التغيير ، فمبدأ سلطان الارادة الذى اتخذ فى العصور الحديثة أساسا لتنظيم العقد ، مبدأ لم يصل القانون الرومانى الى اقراره كقاعدة عامة لكل العقود ، حتى فى آخر عهوده ، كما أن نيابة شخص عن آخر فى ابرام تصرف قانونى ، وانصراف أثر هذا التصرف الى الاصيل مباشرة وهو المبدأ المسلم فى القوانين الحديثة ، لم يعرف بهذا الصورة فى القانون الرومانى .

العامة ، لا تقوم فى فقه شريعة من الشرائع الا اذا توافرت لنشاط الفقهاء عوامل الازدهار بألا تفرض على حريتهم العلمية قيود تشل دورهم فى بناء النظريات وتقصر عملهم على الشرح والتقليد ، ولذا فان القواعد العامة للالتزامات لم تظهر فى القانون الرومانى الا فى عهد ازدهار هذا القانون ، كما أن سد باب الاجتهاد أمام فقهاء الشريعة الاسلامية كان حائلا دون ان يكمل بناء نظرية مماثلة فى فقه هذه الشريعة .

كذلك تقضى القوانين الحديثة بأن كل من ارتكب خطأ أحدث ضررا للغير ، يلتزم بتعويض هذا الضرر ، أى تقرر المسئولية عن الفعل الضار كمبدأ عام ، وهو مبدأ لم يتقرر على هذا الوجه الشامل فى القانون الرومانى(١) • وقد كان للتطور الفكرى والاقتصادى والاجتماعى العميق منذ منتصف القرن التاسع عشر ، صدى فى تطور مواز له فى كثير من قواعد نظرية الالتزام ، فظهرت مبادىء جديدة تعارض أو تعدل المبادىء القديمة ، لتتحقق بها الاستجابة للحاجات المرتبطة بهذا التطور ، من ذلك مثلا ما حدث من تحول بالنسبة لمبدأ سلطان الارادة ، المبدأ الذى اعتبر الاخذ به مظهرا للتقدم وظل حقبة طويلة أساس النظام القانونى للعقد ، والذى يقتضى أن تطلق الحرية للارادة فى نطاق العقد ، فلا تفرض عليها أشكال عند ابرامه بل يتم ذلك بمجرد التراضى فى ظل ما يعرف بمبدأ الرضائية ، كما يترك لها تحديد آثاره بحرية كاملة ، لا يتدخل فيها القانون الا فى أضيق الحدود ، ولا يجوز للقضاء أن يعدل فيها بغير رضاء من رتبوها بارادتهم ، لان العقد شريعة المتعاقدين ، ومن مظاهر التحول بالنسبة لهذا المبدأ ما نشاهده من عودة الاشكال تدريجيا الى نطاق العقد والتصرفات القانونية بصفة عامة ، اذ كثيرا ما يستلزم القانون كتابة الاتفاق أو التصرف كشرط لانشائه ، حتى يكفل وجود دليل قاطع على هذا الوجود ، تحقيقا للاستقرار والنظام فى المعاملات ، كما كان من تأثير انتشار الافكار الاشتراكية أن تزعزع مبدأ سلطان الارادة كذلك من ناحية ما يقتضيه من ترك الحرية للافراد فى تحديد آثار العقود ، فهذه الافكار تجعل

---

(١) ويلاحظ ان تاثر نظرية الالتزام فى القوانين الحديثة بنظرية الالتزام فى القانون الرومانى بقى واضحا بصفة خاصة فى آثار الالتزام او احكامه ، التى تنظم الالتزام فى ذاته ، اى بصرف النظر عن مصدره ، اما مصادر الالتزام فان ما اصاب قواعدها من تغير بحسب تغير الظروف الاجتماعية ، يجعل اثر الصياغة الرومانية لنظرية الالتزامات فيها اقل — وانظر بهجت بدوى ، فقرة ٤ .

على القانون أن يتدخل لتحقيق المساواة الفعلية بين أطراف المعاملات بتقديم الحماية للضعيف منهم ، وقد تأثرت بها القوانين الحديثة فأباحت هدم العقد ان انطوى على استغلال أحد الطرفين للآخر كما أجازت القاضى تعديل آثاره بما يرفع ما بها من ظلم أو ارهاق ولو كان نتيجة ظروف طارئة بعد التعاقد ، بل ان كثيرا من القوانين تفرض آثار بعض العقود على أطرافها ولا تترك لهم حرية تعديلها ، كما هى الحال فى عقد العمل فى كثير من الدول ، حيث تفرض حدود دنيا لحقوق العامل ، وكذلك الحال ، فى نطاق أضيق ، فى عقود أخرى كالايجار والبيع والتأمين(١) .

ويمكن أن نجد أمثلة أخرى كثيرة على تطور مبادىء نظرية الالتزامات لمسايرة الظروف الاجتماعية(٢) ، وعدم جمودها ، رغم

---

(١) ففى ايجار العقار فى القانون المصرى ، تحدد الاجرة ويمنع انهاء العقد الا لمبررات محددة ، وفى البيع قد يفرض سعر جبرى ، كما يلزم التجار بالبيع ، وفى التأمين تحرم الشروط التعسفية ويباح للقاضى عدم اعمالها .

(٢) من ذلك فعلا ما حدث من خروج على مبدأ نسبية اثر العقد ، الذى يقضى بأن العقد لا يلزم ولا يفيد سوى اطرافه ، فى أحكام بعض النظم التى ظهرت بظهور الاتفاقيات الجماعية ، كالاتفاقيات الجماعية للعمل (عقود العمل المشتركة) التى تبرمها النقابات العمالية مع أصحاب الأعمال لوضع دستور علاقات العمل الفردية بينهم وبين أعضاء النقابات ، فيلتزم بها ويفيد منها كل أعضاء النقابة ولو كان انضمامهم الى النقابة بعد ابرام هذه الاتفاقيات . وكذلك ما بدأ من اتجاه فقهى الى تغيير اساس المسئولية عن تعويض الأضرار الحادثة للغير ، من فكرة الخطأ التى تستلزم ثبوت وصف الخطأ للافعال التى وقع بها الضرر ، لالزام مرتكبها بالتعويض ، الى فكرة تحمل المخاطر او تحمل التبعة التى تنادى بأن كل من يقوم بنشاط ما فى الجماعة يجب عليه أن يتحمل تعويض الغير عما يلحقه بهم هذا النشاط من ضرر ، كما يجنى ما يدره من فائدة ، بصرف النظر عما اذا كان هناك خطأ من جانبه أو لم يكن ، وذلك بعد انتشار الآلية فى جميع نواحى الحياة وكثرة المخاطر الناتجة عن استخدامها ، مما أوحى بهذه الفكرة الجديدة ، حماية لمن يتعرضون لهذه المخاطر . ولكن يلاحظ ان التشريعات لم تتخذ هذه الفكرة الجديدة اساسا للمسئولية الا فى حالات محصورة .

ما تقوم عليه من تجريد ومنطق ، عند قواعد ثابتة لا تتغير ، ولكن هذه القابلية للتطور لا تنفى ما سبق أن ذكرناه من تميز قواعدها بالثبات النسبى ، أى بالنسبة الى القواعد القانونية الجزئية ، الخاصة بالتزام أو حق معين .

ويلاحظ أن عموم قواعد نظرية الالتزامات ، أى تنظيمها للالتزام بصفة عامة ، وتجريدها فى الصياغة ، واستنادها الى المنطق ، يؤدى الى تقارب هذه القواعد فى قوانين الدول المختلفة ، ولذا كانت القواعد المنظمة للالتزامات بصفة عامة ، أى نظرية الالتزامات ، أولى أجزاء القانون المدنى التى قامت المحاولات لتوحيدها بين الدول ، وقد أعد مشروع لتوحيد قواعد الالتزامات والعقود فى القانونين الفرنسى والايطالى منذ سنة ١٩٢٨ ، كبداية لتوحيد قانون الالتزامات فى الدول الاوروبية وغيرها من الدول التى ترغب فى الاخذ به ، وهو يعرف بالمشروع الفرنسى الايطالى ، ولكن لم تتخذ حتى الآن خطوات تنفيذ هذا التوحيد ، وان كانت التشريعات التى صدرت بعد اعداد هذا المشروع ، ومنها التقنين المدنى المصرى الحالى(١) . قد استهدت بأحكامه وبالدراسات التى صاحبت اعداده ، مما يجعل له دورا ملموسا فى توحيد قانون الالتزامات رغم أنه مازال مشروعا .

واقامة نظرية عامة للالتزام عمل فقهى بطبيعته(٢) . ولكن التشريعات الحديثة قننت أحكامها العامة اتباعا لمسلك القانون المدنى

---

(١) والتقنين الايطالى الصادر سنة ١٩٤٢ .

(٢) فهى تقوم على استخلاص القواعد الكلية من الأحكام الجزئية العملية لكل التزام من الالتزامات ، وصياغة هذه القواعد فى صورة تجعلها احكاما عامة تنطبق على سائر الالتزامات مع التنسيق بينها وابراز ما بينها من ارتباط ، فى الاطار الفكرى العام للقانون .

الفرنسى الصادر سنة ١٨٠٥ الذى تضمن أحكاما عامة للالتزام(١) ؛ وقد خصص التقنين المدنى المصرى السابق الصادر سنة ١٨٨٣ ، لقواعد الالتزامات كتابا خاصا من كتبه الاربعة هو الكتاب الثانى (التعهدات والعقود (٢) كما جعل القانون المدنى الحالى ، الصادر فى سنة ١٩٤٨ ، تنظيم الحقوق الشخصية أو الالتزامات موضوع القسم الاول من قسميه ، وفى الكتاب الاول من هذا القسم عالج قواعد « الالتزامات بوجه عام » أى الاحكام العامة للالتزام فى المواد من ٨٩ الى ٤١٧ ؛ وفى كتابه الثانى والاخير ، نظم العقود المسماة ، فى المواد من ٤١٨ الى ٨٠١ .

وأحكام القانون المدنى الحالى ، كأحكام القانون السابق ، متأثرة الى حد كبير بقواعد القانون الفرنسى ، ولكن الشارع حرص فى وضع التقنين الحالى على أن يستفيد من نواحى التقدم فى التشريعات الحديثة ، وسواء أكانت تنتمى الى طائفة التشريعات اللاتينية ، التى يعد التقنين المدنى الفرنسى أقدمها(٣) أو التشريعات الجرمانية وعلى رأسها القانون المدنى الالمانى والقانون السويسرى(٤) ولذا نجد فى تشريعنا المدنى الحالى من

---

(١) فى المواد من ١١٠١ الى ١٣٨٦ وهى نصوص البابين الثالث والرابع من الكتاب الثالث المخصص لأسباب كسب الملكية ، ووضع نصوص الالتزامات فى التقنين الفرنسى هذا الموضع لا يبرز اهمية النظرية ، كنظرية عامة للحق الشخصى ، اذ يضع احكامها موضعا يوحى بان الالتزام مجرد وسيلة لكسب الحق العينى ، وقد تأثر الشارع الفرنسى فى ذلك بمدونة جستنيان ، انظر بهجت بدوى ، فقرة ١٠ .

(٢) والقانون السويسرى يخصص للالتزامات كتابه الخامس والاخير ، والقانون الالمانى الصادر سنة ١٨٩٦ يخصص لها ، من كتبه الخمسة ، كتابه الثانى .

(٣) ومن التشريعات الحديثة فيها ، قانون الالتزامات المغربى والتونسى والتقنين اللبنانى ، والمشروع الفرنسى الايطالى .

(٤) وهناك تشريعات متخيرة تجمع من خصائص النوعين السابقين كالتقنين البولونى والتقنين اليابانى ، ويعد التقنين المصرى الحالى احد هذه التشريعات المتخيرة .

قواعد الالتزامات ما لا نجد له مثيلا فى القانون الفرنسى القائم(١) ، وهى قواعد تمثل ما تحقق من تطور وتقدم فى مبادىء نظرية الالتزام بعد صدور مجموعة نابليون •

٥ ــ دراسة نظرية الالتزام ــ تقسيمها :

لدراسة النظرية العامة للالتزام أهمية علمية واضحة ، فقيامها على المنطق ، ومحاولتها التنسيق بين أجزائها المختلفة على الاسس الفكرية والفنية التى تصدر عنها ، يجعل دراستها عاملا من أهم عوامل التكوين القانونى العلمى وعنصرا أساسيا من عناصر الثقافة القانونية ، فضلا عما تؤدى اليه هذه الدراسة من غنى عن الدراسة التفصيلية للالتزامات فى صورها الواقعية المختلفة ، بما تهيىء من دراسة المبادىء العامة التى تحكم سائر الالتزامات(٢) •

ونظرية الالتزام تتكون كما أشرنا من قبل • من المبادىء والقواعد التى تحكم الالتزام بصفة عامة من حيث نشوؤه ومن حيث الآثار التى ترتبط بوجوده وأسباب زواله وانقضائه ؛ والقواعد التى تنظم نشوء الالتزام ، تحدد الاسباب التى ينشأ بها الالتزام ، أى مصادره ، والاحكام العامة لكل مصدر منها(٣) • فاذا ما سلمنا بنشوء الالتزام

---

(١) كتنظيم حوالة الدين ، واعسار المدين ومسئولية عديم التمييز وأثر الحوادث الطارئة على الالتزامات العقدية وغيرها . ويلاحظ أن هناك لجنة شكلت لتعديل التقنين المدنى الفرنسى منذ ١٩٤٥ .

(٢) ويقول البدراوى ، فقرة ٢١ أن نظرية الالتزامات تقوم على اساس ثلاثة مبادىء عامة رئيسية ، مبدأ الوفاء بالعهد ، ومبدأ تعويض الضرر الناتج عن الفعل غير المشروع ، ومبدأ رد الاثراء بدون وجه حق على حساب الغير ، وتستنتج من هذه المبادىء الثلاثة القواعد التفصيلية اللازمة لحل المشاكل العملية ، باستخدام الاستدلال المنطقى .

(٣) واذا ثار الخلاف حول وجود الالتزام أمام القضاء ، فان اثباته يكون باثبات المصدر الذى نشأ عنه ، ولذلك فان قواعد الاثبات القضائى

كان من الضرورى تحديد الاحكام التى ترتبط بوجود الالتزام على عاتق المدين ، من حيث جبره على الوفاء ، وجزاء الامتناع عنه أو الاخـلال به . وكذا من حيث قابلية الالتزام للانتقال من شخص الى آخر أو عدم قابليته لذلك ، وأخيرا من حيث بيان الاسباب التى ينقضى بها الالتزام سواء أكان ذلك بالوفاء أو بغيره من الاسباب التى تقوم مقام الوفاء أو تلك التى يجعلها القانون مؤدية الى انقضائه .

ودراسة النظرية العامة للالتزام يجب أن تتناول جميع المسائل السابقة ، وهذا هو ما ننوى القيام به مقسمين دراستنا الى كتابين :

الكتاب الاول : نخصصه لدراسة مصادر الالتزام .

والكتاب الثانى : ونخصصه لدراسة أحـكام الالتزام أى آثاره وانتقاله ، وانقضائه(١) .

ذات صلة وثيقة بمصادر الالتزام ولكن قواعد الاثبات تنطبق على الحقوق العينية والحقوق الشخصية . ولذا فمن الأفضل ان تتم دراسة الاثبات غير مدمجة فى نظرية الالتزامات ، وقد افرد لقواعد الاثبات قانون مستقل منـذ سنة ١٩٦٨ .

(١) وقد يقال ان دراسة احكام الالتزام تسبق دراسة مصادره على اساس أن معرفة معنى الالتزام بدراسة احكامه تفصيلا تسبق البحث عن اسباب نشوئه ، ولكننا نعتقد أن بيان معنى الالتزام وعناصره باختصار فى مقدمة الدراسة يغنى عن هذا القلب فى منهج الدراسة ، فالترتيب الطبيعى هو أن نتكلم عن منشا الالتزام قبل تفصيل احكامه، وهذا هو ما أخذ به الفقه فى جملته .

الكتاب الاول

مصـــادر الالتـــزام

مصـــادر الالتـــزام

٦ — معنى المصدر ، وتعداد مصادر الالتزام :

مصدر الالتزام هو السبب القانونى لنشوئه ، فالالتزام ، كما سبق البيان واجب قانونى خاص لا يتحمل به الشخص الا لسبب خاص يتوافر بالنسبة له دون غيره من الاشخاص ، هـذا السبب قد يكون مجرد اتجاه ارادة الشخص الى الالتزام ، أى تعهـدا من جانبـه . وقـد يكون فعـلا صـدر منه فأضر الغـير ، أو فعـلا منـه أو من آخـر ولكنـه أثرى منـه دون حق على حسـاب الغـير بل قـد يكون هـذا السبب الخـاص أمرا لا يرجـع الى ارادة الانسـان ولا يعزى الى فعله ، كالجوار والقرابة . وكل هذه الصور من الاسباب يمكن أن تطلق عليها تسمية الوقائع القانونية ، بمعنى أنها أمور تحدث فتؤدى الى نشوء أثر قانونى ، ولذا يمكن أن يقال أن مصدر الالتزام هو الواقعة القانونية التى يترتب عليها نشوء هذا الواجب القانونى الخاص ، وسواء أكانت هذه الواقعة تعزى الى الانسان ، أو لا يمكن أن تعزى اليه بل تعزى الى الطبيعة ، أى سواء أكانت واقعة انسانية أو واقعة طبيعية[١] .

---

(١) ويلاحظ ان الواقعة القانونية مصدر للاثر القانونى بصفـة عامة ، وسواء اكان هذا الاثر هو نشوء التزام او انقضاءه (او تعديله او نقله) ، او نشوء حق عينى او حق من حقوق الأسرة او انقضاءه ، ولكننا لا نتكلم عنها هنا الا باعتبارها مصدرا للالتزام .

ويلاحظ اننا نتكلم هنا عن المصدر القريب او المباشر للالتزام ، امـا المصدر البعيد او المصدر غير المباشر فهو القانون ، وهو يعنى عندئذ القوة التى تقرر وجود الالتزام وتخلقه ، والقانون هو الذى يمنح وجود جميـع الحقوق ويحميها ، وهذا مبدأ مسلم فى الوقت الحاضر ، فليس هناك وجود =

والقول بتعدد مصادر الالتزام واختلافها يرتبط بتعدد أنواع الوقائع القانونية واختلافها ، فالواقعة قد تكون طبيعية ، أى لا ترجع الى ارادة الانسان أو فعله ، وقد تكون واقعة انسانية(١) ، أى تنسب فى حدوثها الى تدخل الانسان ، والوقائع الانسانية ليست صورة واحدة ، فقد تحدث فى اتجاه ارادة الانسان الى الالتزام ، فينشأ الالتزام لمجرد هذا الاتجاه ، وتسمى لذلك تصرفا قانونيا ، كما هى الحال فى التعهدات والعقود المختلفة التى يبرمها الشخص ، وقد تكون فعلا آخر للانسان ، مقصودا أو غير مقصود ولكن الالتزام الذى ينشأ بسببه لا يقوم على القصد الى الالتزام أو عدم القصد اليه ، وانما يقوم على تحقق نتيجة معينة لهذا الفعل الصادر من الانسان ، وقد تكون هذه النتيجة ضررا لشخص آخر فيسمى فعلا ضارا ويلتزم من ينسب الفعل اليه بتعويض هذا الضرر ، وقد تكون النتيجة انتفاعه أو انتفاع شخص آخر أو اثراءه على حساب من صدر منه الفعل ، فيسمى الفعل النافع ، وينشأ به التزام على عاتق المستفيد برد ما أثرى به على حساب الغير دون وجه حق(٢) .

وعلى أساس هذا التنوع فى صور الواقعة القانونية ، يمكن أن يقال ان مصادر الالتزام هى : الواقعة الطبيعية والتصرف القانونى والفعل الضار والفعل النافع .

=

لحق أو واجب قبل القانون او بغير حاجة الى سنده ، كما يقول بعض انصار فكرة القانون الطبيعى . كما ان اعتبار الارادة مصدرا للحقوق أو الالتزامات لا يعنى انها بذاتها مصدر هذه الآثار ، فهى لا تنتجها الا لأن القانون يجعل لها هذه القدرة ، انظر مؤلفنا عن اصول القانون ، طبعة ١٩٨٤ ص ٤٠٧ وما بعدها .

(١) وتطلق عليها فى الفقه تسمية الواقعة الاختيارية ، ووصفها بأنها انسانية افضل ، نظرا لأن معنى الاختيار قد لا يتحقق الا فى بعضها .

(٢) ويطلق الفقه على كل من الفعل الضار أو الفعل النافع ، تسمية العمل المادى ، انظر مثلا السنهورى ، الوجيز ، فقرة ١٧ .

ولكن الفقه يجـرى على نسبة نشـوء الالتزام (وترتب الاثر القانونى بصفة عامة) فى حالة الوقائع الطبيعية ، الى القانون مباشرة ، فيقول ان مصدر الالتزام عندئذ هو القانون ، كما أنه يقول ان التصرف القانونى قد يكون ارادة واحدة ، أى ارادة منفردة ، أو عقـدا يتم بتوافق ارادتين على الاقل ، ويجعل كلا منهما مصدرا مستقلا ، كمـا يطلق الفقه على الفعل الضار تسمية « العمل غير المشروع » ، أمـا الفعل النافع فيسميه الاثراء بلا سبب ، ولذلك فان الفقه يحدد مصادر الالتزام بأنها : العقد والارادة المنفردة والعمل غير المشروع والاثراء بلا سبب والقانون(١) .

والارادة المنفردة يقصد بها التعهد المنفرد الذى يترتب عليـه التزام المتعهد دون حاجة الى أن يقبل هذا التعهد من شخص آخـر ، والحالات التى ينشأ فيها الالتزام بالارادة المنفردة حالات قليلة ، بل نادرة ، من أمثلتها انشاء المؤسسات الخاصة أو انشاء الاوقاف والوعد بجـائزة .

أما العقد ، فلا يتم الا بتوافق ارادتى شخصين على الاقل ، يتعهد كل منهما بالتزامات معينة ، وقبل هذا التوافق أو الارتباط بين

---

(١) وهذا هو التحديد الحديث لمصادر الالتزام ، وهناك تقسيم قديم لمصادر الالتزام يجعلها العقد وشبه العقـد والجريمـة وشبه الجريمـة والقانون ، وقد جاء هذا التحديد للمصـادر منسـوبا الى فقـه القانون الرومانى ، ولكنه فى الواقع لم يظهر الا نتيجة لتحريف فى بعض النصوص الرومانية . وقـد اتخـذه Pothier ، فقيه القانون الفرنسى القديم ، تقسيما لمصادر الالتزام فى مؤلفه ، وعنه نقلت نصـوص القانون المـدنى الفرنسى . وقد قبل فقهاء القانون المدنى الفرنسى تحـديد مصادر الالتزام بهذه الصورة طوال القرن التاسع عشر ، ثم بدأ توجيه الانتقادات اليه من أغلب الفقهاء الذين اخذوا بالتقسيم الحديث لمصادر الالتزام ، انظـر فى عرض التقسيم التقليدى لمصادر الالتزام وتاريخـه ونقده ، السنهورى ، الوجيز ، فقرة ١٤ والبدراوى فقرة ١٨ .

الارادتين لا يعتبر كل منهما ملتزما بما تعهد به ، وأغلب الالتزامات الارادية تنشأ فى نطاق العقد ، بل ان أكثر حالات الالتزام تترتب على العقود ، ذلك أن التعامل يقوم أساسا على الاتفاقات ، وهى كثيرة لا حصر لها ومن أمثلتها البيع والهبة والشركة والايجار والعمل والوكالة والمقاولة والتأمين وغيرها •

والعمل غير المشروع مصدر للالتزام بالتعويض ، ينشأ على عاتق من ينسب اليه هذا العمل اذا سبب ضررا للغير فى شخصه أو فى ماله ، وسواء أكان محدث الضرر يقصد الى احداث الضرر أو لا يقصد اليه ، ما دام يعد مهملا أو مخطئا • والقانون لا يرتب المسئولية عن الاضرار ، والالتزام بتعويضها ، الا على وقوع الفعل وحدوث الضرر ، ولا أثر لاتجاه نية الشخص الى الاضرار بالغير ان لم يقم بذلك فعلا ، كما أن التزامه بالتعويض لا يمكن أن يعزى الى ارادته ولو كان قد أقدم على العمل الضار عارفا بأثره فى نشوء التزام على عاتقه وقاصدا الى التحمل بهذا الالتزام • فالالتزام بالتعويض لا ينشأ الا اذا وقع فعل ضار فأحدث ضررا للغير ، بصرف النظر عن الارادة •

والاثراء بلا سبب ، هو مصدر لالتزام الشخص الذى يثرى على حساب الغير ، دون أن يكون هناك مبرر أو سبب قانونى لحصوله على هذا الاثراء ، بأن يرد الى الغير ما يعوضه عن الافتقار الذى حدث له والذى كان سببا فى الاثراء الذى تحقق لدى الملتزم(١) • فمن يصلح له الغير داره دون أن يكون ملتزما بذلك على أية صورة ، فتزيد قيمتها بهذا الاصلاح ، يلتزم بأن يرد الى الغير مقدار الزيادة فى قيمتها ، أو على الاقل أن يعوضه عما خسره فى قيامه بهذا العمل الذى عاد عليه بالمنفعة ، أى أن يعوضه عن افتقاره ، ان كان الافتقار أقل من الاثراء

---

(١) بشرط الا يزيد التعويض عما تحقق له من الاثراء .

أو مساويا لــه • والالتزام هنا ينشــأ عن تحقق الاثراء بغير حق • بصرف النظر عن اتجاه الارادة الى انشائه أو عدم اتجاهها •

أما القانون ، فهو يعتبر مصدرا للالتزام ، اذا كان يرتب هــذا الالتزام على واقعة طبيعية لا دخل للانســان فى حدوثها ، كالميــلاد وما ينشأ عنه من قرابة ، اذ تنشىء التزامــا بالنفقــة بين الاقارب • والجوار الذى يترتب عليه نشوء التزامات لمصلحة الجيران فى بعض الاحــوال •

وكثير من التشريعات الحديثة يحدد مصادر الالتزام على الصورة التى يأخذ بها الفقه المعاصر ، ومنها القانون المدنى المصرى الحالى(١) •

ولم يورد هذا القانون نصا يتضمن تعداد مصادر الالتزامات كما كانت الحال فى القانون السابق(٢) ، ولكن تحديد مصادر الالتزام فيــه يؤخذ من عناوين فصول الباب الاول من الكتاب الاول من القسم الاول وهو الباب الذى ينظم مصادر الالتزام ، فالفصل الاول منه مخصص للعقد والثانى للارادة المنفردة والثالث للعمل غير المشروع والرابع للاثراء بلا سبب والخامس للقانون(٣) •

---

(١) والقــانون المدنى الالمــانى والقــانون السويسرى والقــانون الايطالى ، السنهورى ، الوجيز ، نقرة ١٦ ، والقانون المدنى العراقى ، عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام فى القانون العراقى ، بغداد ١٩٦٣ ، نقرة ٣٧ .

(٢) وكانت المــادة ١٤٧/٩٣ من القانون المدنى السابق تنص على أن التعهدات (تقصد الالتزامات) اما أن تكون ناشئة عن اتفاق أو عن فعل أو على نص القانون ، وواضح انه لم يكن يميز بين الفعل النافع او الفعل الضار ، كما انه لا يذكر الارادة المنفردة كمصدر الالتزام .

(٣) وتقسيم القانون الفرنسى لمصادر الالتزام كما يؤخذ من عناوين البابين الثالث والرابع من الكتاب الثالث ومن نص المــادة ١٣٧٠ فرنسى ، يجعلها : العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون . وهــو

٧ ــ خطــة ادراســـــة :

وهذا التقسيم الحديث لمصادر الالتزام تقسيم منطقى ومعقول . وهو التقسيم الذى نأخذ به فى جملته ، ونتخذه أساسا لخطتنا فى دراسة مصادر الالتزام ، وان كنا نجرى بعض التعديلات غير الجوهرية سواء فى التقسيم أو التسميات .

=
التقسيم التقليدى الذى اخذه القانون الفرنسى عن بوتييه . واخذت بتقسيم القانون الفرنسى لمصادر الالتزام مدونة الالتزامات والعقود فى المغرب ، الصادرةسنة ١٩١٣ ، فالمادة الاولى من هذه المدونة تنص على ان الالتزامات تنشأ من العقود والتعبيرات الاخرى عن الارادة (الارادة المنفردة) واشباهالعقود والجرائم واشباه الجرائم ، وهو مسلك غريب فى مثل هذه المجموعة الحديثة التى تضم كثيرا من المبادىء القانونية المتقدمة ، نظرا الى ان هذا التقسيم لمصادر الالتزام كان تقسيما منتقدا وقت وضعها .

وانتقاد التقسيم التقليدى لمصادر الالتزام ينصب على التفرقة بين الجريمة وشبه الجريمة (أى الخطأ الذى لا يعتبر جريمة وفقا لقانون العقوبات) ، ذلك أن الفعل الضار يعتبر مصدرا للالتزام بذات الشروط وذات الآثار سواء اكان جريمة أم لم يكن ، كما ينصب الانتقاد كذلك على وصف الفعل النافعمصدر للالتزام بأنه شبه عقد ، مع أنه لا شبه بينه وبين العقد على اية صورة ، فالالتزام به لا ينشأ عن الارادة بل عن الاثراء الذى يترتب على فعله أو فعل المنتفر ، وهو فى الصورة الاخيرة التزام على غير الشخص الذى صدر منه الفعل ، مما لا يجعل وجها لتشبيهه بالالتزام الارادى .

وقد ذهب الفقيه الفرنسى بلانيول الذى كان لــه دور كبير فى هدم التقسيم التقليدى الى جعل مصادر الالتزام اثنين : العقد والقانون ، فرد الالتزام بسبب شبه العقد والجريمة وشبه الجريمة الى القانون ، وجعل العقد مصدرا ثانيا بجانبه .

ولكن لوحظ على تقسيم بلانيول انه اذ جعل القانون مصدر الالتزام فى حال الفعل النافع والفعل الضار . يذكر المصدر غير المباشر للالتزام ولا يحدد المصدر المباشر ، أما العقد فهو مصدر مباشر للالتزام ، ولكن القانون فى هذه الحالة ايضا مصدر غير مباشر ، لأن الالتزام لا ينشأ عن العقد نفسه الا بحكم القانون .

انظر فى المسائل السابقة ، السنهورى ، الوجيز ، فقرة ١٥ وسليمان مرقس ، فقرة ٢٠ وعبد المنعم الصدة ، فقرة ٢٤ وفقرة ٢٥ .

فنحن نلاحظ أن الالتزام الذى ينشأ من العقد أو عن الارادة المنفردة ، التزام ارادى ، بمعنى أنه ينشأ عن الارادة التى تتجه الى احداث هذا الاثر ، أى عن التصرف القانونى ، وان كانت هذه الارادة قد تقوم وحدها ، فى حال الارادة المنفردة ، فى حين لا تنشأ الالتزامات عن العقد الا بتمام التوافق بين ارادتين على الاقل ، ولكن هذا لا يغير من حقيقة هامة وهى أن الارادة هى أساس الالتزام فى الحالتين ، ولذا يمكننا أن نعتبر التصرف القانونى مصدر الالتزام الارادى ، سواء أكان ناشئا بالعقد أو بالارادة المنفردة ، فنتكلم عنهما تحت تسمية التصرف القانونى .

ومن ناحية أخرى يمكننا أن نعتبر تسمية الفعل الضار مرادفا لتسمية العمل غير المشروع كمصدر للالتزام ، وتسمية الفعل النافع مرادفا لتسمية الاثراء بلا سبب(١) . واتخاذ هاتين التسميتين فى تقسيمنا لدراسة المصادر(٢) .

وعلى ذلك تكون دراستنا لمصادر الالتزام على أساس تعدادها بالصورة الآتية :

١ — التصرف القانونى (العقد والارادة المنفردة) .

٢ — الفعل الضار (أو العمل غير المشروع) .

٣ — الفعل النافع (الاثراء بلا سبب) .

٤ — القانون .

ونجعل لكل منها بابا من أبواب هذا الكتاب .

---

(١) كما يمكننا اعتبار الواقعة الطبيعية هى مصدر الالتزام فى الحالات التى يرد هذا الالتزام فيها الى القانون ، ولكننا مع ذلك نظل على جعل القانون هو المصدر ، اتباعا للغالب فى الفقه والتشريع .

(٢) وقد أخذ بتسمية الفعل النافع والفعل الضار ، سليمان مرقس ، مؤلفه السابق ، واسماعيل غانم فقرة ٣٦ .

الباب الأول

التصــــرف القــانونى

(العقــد والارادة المنفــردة)

٨ — تمهيـــــد :

التصرف القانوني ، كما عرفنا من قبل ، هو الارادة التى تتجــه الى احداث آثار قانونية ، فيرتب القانون عليها ، اذ تم التعبير عنهــا وفقا لاحكامه ، حدوث هذه الآثار ، فالقانون يجعل اتجاه الارادة الى انشاء التزام (مثلا) ، أساس نشوء الالتزام : اذا استوفت هــذه الارادة الشروط التى يستلزمها القانون فيها أو فى التعبير عنها لتكون تصرفا قانونيا • هذه الارادة التى ينشأ بها الالتزام لا تنتج أثرها ، فى أغلب الاحوال ، وهى قائمة على استقلال ، أى وهى ارادة منفردة ، بل يتوقف لزوم الآثار المقصودة بها ، فى أكثر الاحوال ، على ارتباطها بارادة أو ارادات أخرى موافقة فيما يسمى بالعقد • ولكن سواء أكان الالتزام ناشئا بالارادة الواحدة أو فى نطاق العقد ، فهو فى الحالين التزام ناشىء عن الارادة ، ولذا يوصف بأنه التزام ارادى • والواقع أن اتجاه الارادة الى احداث الاثر القانونى ، هو العامل الاساسى فى نشوء هذا الاثر ، ولو كان التعامل يتم بالعقد ، أى بارتباط بين ارادتين أو أكثر ، ولذا يمكن القول بأن الالتزام الارادى سواء أنشأ بالعقــد أم بالارادة المنفردة ، التزام مصدره التصرف القانونى ، بالمعنى الذى نحدده لهــذا التصرف ، أى باعتبــاره ارادة واحــدة ، فى جميــع الاحــوال(١) •

---

(١) ورغم ان تعريف التصرف القانونى بانه الارادة التى تتجــه الى احداث اثر قانونى ، هو التعريف السائد فى الفقه ، وهو ما يعنى أن التصرف هو الارادة الواحدة دائما • فان الفقه يجعل التصرف القانونى نوعــين ، التصرف الفردى (الارادة المنفردة) والتصرف المتعدد الاطراف اى العقد ، بل ان الفقه يصف التصرف المتعدد الأطراف او العقد ، بانه الصورة المعتادة والنموذجية للتصرف القانونى ، ولكننا نعتقــد أن العقد ، ومعنــاه ارتباط ارادتين او اكثر ، يختلف فى طبيعته عن التصرف القانونى وفقــا للتعريف السـائد الذى يجعـله الارادة نفسهــا ، اى الارادة او اتجاه الارادة ، لا مجـرد الربط بين ارادتــين ، ولــذا فان افضـــل تصــوير لطبيعــة =

. . . .

العقد هو القول بأنه ارتباط بين تصرفات قانونية ، فالعقد ليس تصرفا قانونيا واحدا وإنما هو مركب من التصرفات القانونية ، والتصرف القانونى هو دائما ارادة واحدة ، اى ارادة منفردة ولكن ليس معنى قولنا ان التصرف القانونى ارادة واحدة دائما ، ان الالتزامات الارادية تنشأ فى جميع الاحوال بالارادة المنفردة ، فنحن نسلم بأن اغلب الالتزامات الارادية تنشأ فى نطاق العقد ، وهذا واقع ثابت فى كل القوانين ، الا ان بيان دور كل من الارادة (التصرف) والربط بين الارادات (العقد) فى نشوء الالتزام ، يوفق بين اعتبار التصرف عملا فرديا ونفى وصف التصرف عن العقد مع التسليم بأن الالتزامات فيه تنشأ من التصرف القانونى ، فالتصرف الذى يدخل فى تكوين عقد من العقود لا يفقد ذاتيته ، ولا يذوب فى كائن قانونى جديد هو العقد ، بل يبقى للتصرف كيانه ووجوده الخاص برغم دخوله فى هذا البناء القانونى ، فيظل مصدر الآثار التى تترتب على عاتق صاحبه (الشخص الذى اصدره) ، الا ان هذه الآثار تكون قابلة للرجوع فيها من جانب صاحب الارادة (المتصرف) اى غير ملزمة له حتى يتم ارتباطه بالعقد ، اى ان اتمام العقد يؤدى الى لزوم الآثار التى يحمل بها الشخص نفسه بارادته (بتصرفه القانونى) ، اذ يتعذر عليه ، بعقد ارتباط ارادته بارادة اخرى أن يرجع عن التزامه بهذه الآثار .

ويمكن ان يلاحظ على هذا القول انه مادام الارتباط بالعقد هو الذى يؤدى الى لزوم الآثار القانونية التى يعبر الشخص عن رغبته فى التحمل بها ، فانه هو الذى ينشىء الواجب القانونى ، اى الالتزام ، وان العقد بذلك هو مصدر الالتزام وليس ارادة الملتزم . ولكن لنا على هذا القول الملاحظتين التاليتين :

اولا : يمكن توضيح التفرقة بين نشوء الاثر ولزومه فى العقد باستخدام تحليل الالتزام الى مديونية ومسئولية ، فمديونية كل طرف فى العقد تنشأ بارادته وحدها ، وليس لارتباط هذه الارادة بارادة اخرى دور فى نشوئها ، أما مسئوليته عن هذه المديونية فلا تتحقق الا بارتباط هذه الارادة بارادة الطرف الآخر فى العقد . ويكون معنى توافر المسئولية بتمام العقد ان كلا من طرفيه يستحيل عليه ان يلغى مديونيته بارادته المنفردة .

ثانيا : ضرورة تمام الارتباط بين ارادة مصدر التصرف وارادة اخرى مقابلة ، ليتحقق لزوم الآثار المقصودة بالارادة المنفردة ، اى تعليق لزوم الآثار على الارتباط بالعقد ، امر يتوقف فى الحقيقة على ارادة الملتزم ، فاذ

=

ولكن رغم أن الالتزام الارادى له مصــدر واحــد هو التصرف القانونى فان هذا الالتزام ينشأ فى أحوال نادرة بالارادة الواحدة ، أى بالتصرف المنفرد ، وينشأ فى أغلب الاحوال فى اطار الارتباط بين عدة تصرفات قانونية ، أى فى اطار العقد ، ومن اللازم أن تتم دراسة نشوء الالتزام فى هاتين الصورتين ، بادئة بالصورة الاكثر أهميــة فى العمل أى صورة العقد ، فنتكلم أولا عن الاحكام العامة للالتزام بالعقد

= تبين ان صاحب الارادة يلتزم نهائيا دون انتظار لارتباط ارادته بأخــرى ، ينشأ التزامه نهائيا بارادته المنفردة ، اما ان انصرفت نيته الى الالتزام بعد ان تقوم بينه وبين آخر رابطة عقدية ، فان التزامه القانونى لا ينشأ الا بعد تحقق هذه الرابطة . وطبيعة العملية القانونية التى يقدم عليها المتصرف تكشف عن نيته فى هذا الشأن ، فاتجاه الشخص الى البيع يعنى انه ينتظر التقاء ارادته بارادة المشترى الذى يعرض عليه الثمن ، ليعتبر نفسه ملزما بنقل ملكية المبيع وسائر آثار البيع ، وتوجيه التعبير عن الارادة الى شخص معين ، يقتضى بالضرورة ان موجه هذا التعبير ينتظــر قبول الموجــه اليه الايجاب ، ولا يلتزم نهائيا بغير صدور هذا القبول . وقد يبدو فى تعبــير الشخص عن ارادته انه يلتزم دون انتظار صدور قبول من أحد ، كمن يوجه الى شخص ايجابا بالعقد ، ويحدد له مدة يجعل له فيها أن يرد بالقبــول او الرفض ، فهو يلتزم بالبقاء على ايجابه المدة التى حددها بنفسه ، دون حاجة الى قبول لهذا الالتزام ، بل هو يلتزم بهذا البقاء على الايجاب للمدة التى يحددها العرف (المــادة ٩٣ مدنى مصرى) .

الا انه يلاحظ ان الحالات التى يكشف فيها تحرى نية مصدر الارادة، عن الاستغناء عن الارتبــاط بين ارادته وارادة اخــرى ، ليقوم التزامه نهائيا ، تصل فى القلة الى حد الندرة ، بالنسبة للحالات التى يكشف فيهــا تفسير ارادة المتصرف عن ضرورة العقد للزوم الآثار التى تترتب على هــذه الارادة ، مما يعنى ان اغلب حالات الالتزام الارادى تتم فى اطار العقد ، وان حالات الالتزام بالارادة المنفردة حالات نادرة ، كما نرى فيما بعد .

(نظرية العقد) ثم عن أحكام الالتزام بالارادة المنفردة ، مع ملاحظة أن دراسة العقد تتضمن فى جزء كبير منها ، دراسة الارادة التى تتجه الى انتاج الآثار القانونية ، أى دراسة التصرف القانونى باعتبـاره الارادة الواحدة ، وعلى ذلك فستكون دراستنا لمنشأ الالتزام الارادى، أى الذى ينشأ عن التصرف القانونى ، فى القسمين التاليين :

١ ــ نظرية العقــد •

٢ ــ الالتزام بالارادة المنفردة •

١ ـ نظـــرية العقـــد

١ ــ نظــرية العقــــد

٩ ــ تمهيــــد وتقسيــــم :

نظرية العقد يقصد بها الاحكام القانونية للعقد بصفة عامة ، أى القواعد والمبادىء القانونية التى تحــكم العقود بصرف النظــر عن موضوعها ، أى سواء أكان العقد بيعا أم ايجارا أم هبة أم شركة أم غيرها ، فهى قواعد ومبادىء تطبق على سائر العقــود • ويلاحظ أن القانون المدنى يضم نصوصا تحدد هذه القواعد والمبــادىء العــامة (فى المواد من ٨٦ الى ١٦٢)[١] ، ولكنه لا يقتصر فى تنظيم العقــود على ذلك ، بل يضع الى جانب هذه الاحكام العامة للعقد أحكاما وقواعد خاصة بعقود معينة كالبيع والايجار والشركة وعقد العمل وغيرها[٢] ، (فى المواد من ٤١٨ الى ٨٠١ مدنى) وفى هذا التنظيم الخاص للعقود المعينة ، يطبق الشارع القواعد العامة للعقود ، على العقد المعين الذى ينظمه ، كما يضيف الى ذلك القواعد التى يسنها لتطبق على هذا العقد دون غيره من العقود ، والتى تستلزمها خصوصية موضوعه •

وقد يثور التساؤل عن فائدة النظرية العامة للعقد ، والنصوص التى تضع قواعدها فى القانون المدنى ، ما دام هذا القانون يعود فيضع تنظيما تفصيليا لكل عقد من العقود ، ولكن الواقع أن فائدة نظــرية العقد ، أى المبادىء العامة للعقد بصرف النظر عن موضوعه ، فائــدة محققة ، فهى من ناحية تضم القواعد التى تنطبق على كل العقــود ،

---

(١) وهى نصوص الفصل الاول من الباب الاول من الكتاب الاول من القسم الاول من مدونة القانون المدنى ، وعنوان الفصل « العقد » .

(٢) والعقود التى تناولها القانون المدنى بالتنظيم فى نصوصه هى : البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح والايجار والعارية والمقاولة والتزام المرافق العامة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة والمقامرة والرهان ، والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين والكفالة.

ولو كانت من العقود التى نظمها الشارع تنظيما خاصا ، وبذا لا تقوم الحاجة الى تكرار النص عليها بالنسبة لكل عقد منها ، ومن ناحية أخرى فهى القواعد التى تطبق على أى عقد من العقود التى تظهر الحاجة اليها فى معاملات الناس ، فيتعاملون بها دون أن تكون قد حظيت بتنظيم خاص فى التشريع ، ذلك أن العقود ليست محصورة فى القانون ، بل للافراد أن يبرموا منها ما يشاءون ، فتكون عقودا جائزة وصحيحة منتجة لآثارها ، فى حدود النظام العام والاداب ، أى اذا كانت لا تخالف النظام العام والآداب ، وتطبق عليها عندئذ القواعد العامة للعقود التى تتضمنها نظرية العقد ، فليس هناك فرق ، فى القوانين الحديثة ، بين العقود المسماه ، أى العقود التى يعرفها المشرع ويسميها وينظمها فى نصوصه ، والعقود غير المسماة ، أى التى لا يضع التشريع لها تنظيما خاصا ، من حيث أن كلا من النوعين جائز وملزم وان كانت العقود غير المسماة تخضع فى قواعد انشائها وترتيب آثارها للاحكام العامة للعقود ، أى قواعد نظرية العقد ، أما العقود المسماة والمنظمة فى نصوص القانون ، فهى تخضع للنصوص الخاصة التى تنظمها ، وان كانت تحكمها فى نفس الوقت قواعد النظرية العامة للعقد فى غير المسائل التى وضعت لها أحكام خاصة فى تنظيمها ، أى أن الاولوية فى العقود المسماة هى للاحكام التى تضعها النصوص الخاصة بهذه العقود . وفى غير ما تنظمه القواعد الخاصة تخضع هذه العقود للقواعد العامة ، على خلاف العقود غير المسماة التى تخضع للقواعد العامة وحدها(١) .

---

(١) والعقود التى ينظمها الشارع فى النصوص تكون فى العادة عقودا قد استقرت وتحددت معالمها من حيث الشروط والآثار ، كما تكون عقودا شائعة الاستعمال تحظى بأهمية ظاهرة فى ميدان المعاملات . وتنظيم الشارع لهذه العقود ذات الاهمية العملية ، لا يتضمن بذاته اعلاء من شأن عقد منظم ومسمى على عقد آخر لم يسم ولم ينظم ، ولكن له مع ذلك فوائد عدة ، منها انه ييسر على الافراد مسألة التعاقد ، فاذا كان عقدهم منظما

فنحن ندرس فى نظرية العقد ، أحكام العقد بصفة عامة ، فنتناول القواعد الاساسية التى تحكم انشاء العقود أو ابرامها فى الفصل الاول من هذا الباب ، فنتعرض فيه لشروط تكوين العقود ، والجزاء الذى يترتب على تخلف أى شرط منها ، وفى فصل ثان نتعرض لبيان أحكام العقد ، أى الآثار التى تترتب على نشوئه صحيحا وكذا القواعد التى تحكم انحلاله أو زواله . ولكن قبل ذلك ، نتناول فى فصل تمهيدى بعض المسائل العامة فى العقد ، فنشير الى تعريف العقد ، ونبين دور الارادة فيه ، ثم نعرض بعض أقسام العقود كما يتكلم عنها الفقه ، مشيرين الى الفائدة من تمييز كل قسم منها .

= فى القانون امكنهم ان يقصروا ما يتفقون عليه على المسائل الاساسية تاركين ما عداها الى نصوص القانون التى تكمل اتفاقهم ، كما ان هذا التنظيم يسهل مهمة القضاء الذى قد يعرض عليه نزاع حول عقد من العقود المسماة اذ يجد حكم القانون صريحا ولا يلتزم باستنتاجه من القواعد العامة للقانون كما هى الحال فيما لو لم يكن العقد منظما بنصوص خاصة ، ومن ناحية اخرى فقد تقوم الحاجة الى مخالفة القواعد العامة والخروج عليها بالنسبة لعقد من العقود ، فيكون مجال ذلك فى التنظيم التشريعى الخاص لهذا العقد .

ويلاحظ ان تعداد العقود التى ينظمها الشارع (العقود المسماة) غير ثابت ، لانه يتأثر باحتياجات العمل ، فاذا ما ظهر فى ميدان المعاملات عقد جديد ثم شاع استعماله ، وتحددت معالمه القانونية ، فان الشارع يضمه الى زمرة العقود المسماة وينظمه بالتشريع ، كما حدث بالنسبة لعقد التأمين الذى نظمه الشارع فى القانون المدنى الحالى ، ولم يكن منظما فى القانون السابق . وانظر مقدمة مؤلفنا فى شرح العقود المدنية ، عقد البيع ، فقرة ١ .

الفصل التمهيـدى

تعريف العقد ــ دور الارادة فيه

اقســـامه

١٠ ــ تعريف العقــد :

يعرف العقد عادة بأنه توافق أو ارتباط بين ارادتين أو أكثر بقصد تحقيق آثار قانونية معينة ، هذه الآثار قد تكون ايجاد (أو انشـاء) التزامات على عاتق كل أو بعض أطراف العقـد ، وقـد تكون الآثار المقصودة هى تعديل التزامات موجودة من قبل أو نقلها أو انهاءها[1] . أى أن العقد يقوم على اتجاه ارادات أطرافه الى احداث هذه الآثار القانونية ، ويتم العقد ، أى يبرم ، بارتباط هذه الارادات وتوافقهـا على ذلك ، فالعقد يستلزم توافر أمرين :

الاول : اتجاه ارادة شخصـين على الاقل الى احـداث آثار قانونية ، وأن يعبر كل منهما عن ارادته وفقا للقانون فان لم يتوافـر

---

(١) كان الفقه يفرق بين العقد والاتفاق ، فيعرف العقد بانه ، الاتفاق الذى يتم به ايجاد (او انشاء) التزامات ، اما الاتفاق فهو اعم اذ يشـمل العقود التى تنشىء الالتزامات كما يشمل العقود التى يتم بها تعديل او نقل او انهاء الالتزام . وقد استند فى هذه التفرقة الى بعض نصوص القانون الفرنسى (المـادة ١١٠١) ، وحاول البعض تبرير هـذه التفرقة وبيـان اهميتها فى بعض الاحكام ، كالاهلية . ولكن اكثر الفقـه يجـرى فى الوقت الحاضر على اعتبار لفظى العقد والاتفاق مترادفين للدلالة على شىء واحد ، هو العقـد ، كما عرفنـاه فى المتن ، بل فى الفقـه شـبه اجمـاع على عدم جدوى هذه التفرقة ــ انظر اسماعيل غانم ، فقرة ٢٧ وانظر تفرقة بين الاتفاق والعقد على اساس آخر فى مارتى ورينو ، جـ ٢ فقرة ٢٦ وان كانا يلاحظان انه فى العمل ، تطلق تسمية العقد او الاتفاق على اى اتفاق بلا تفرقة ، ويبرران هذا الاستعمال بأن القواعد العامة للعقود تنطبق على كل انواع الاتفاقات .

القصد الى احداث هـذه الآثار ، لا نكون فى مواجهـة عقـد بالمعنى القانونى ، مهما كان هناك من اتفاق بين أشخاص يعبرون عن ارادتهم ، فاذا دعوت صديقا الى وليمة أقيمها ، وقبل صـديقى هذه الدعوة ، أو اتفقت مع صديق على اصطحابه الى أحد الملاهى ، لم يكن مـا تم بيننا من الاتفاق على ذلك عقدا بالمعنى القانونى ، لان الارادة لا تتجه هنا الى الالتزام التزاما قانونيا ، يمكن الجبر على الوفاء به ، فان لم أقم الوليمة أو اذا تخلفت عن اصطحاب الصديق الى الملهى ، لا يمكن أن يطالبنى الصديق بالوفاء بما اتفقنا عليه جبرا عنى ، أو المطالبـة بالتعويض بسبب اخلالى بوعدى • ونفى صفة العقد عن الاتفاق فى هذه الصورة لا يرجع الى الموضوع الذى ينصب عليه الاتفاق وهـو تقديم الطعام أو دخول الملهى ، وانما سببه عدم اتجـاه الارادة الى التحمل بواجب قانونى ، فتقديم الطعام أو دخول الملهى يمكن أن يكون محل التزام قانونى اذا اتجهت الارادة الى ذلك ، فشركة التعدين التى تتفق مع من تستخدمهم من المهندسين وغيرهم على تقـديم وجبـات الطعام لهم فى أماكن العمل النائية عن العمران ، تكون ملتزمة بذلك • وشركة السياحة التى تتقاضى من المشتركين فى رحلة تنظمها مقابلا عن الرحلة تضمنه تكاليف دخول الملاهى فى المدن التى تمر بها الرحلة ، تلتزم قانونا قبل المشتركين فى الرحلة ، بتنظيم زيارتهم للملاهى ، فان أخلت بالتزامها كان لهم مقاضاتها • ومن أمثلة الاتفاقات التى لا تعتبر عقودا بالمعنى القانونى ، بسبب عدم توافر القصد الى الالتزام قانونا، اتفاق صاحب سيارة مع شخص آخر على نقله بسيارته دون مقابل ، الى البلد التى يسافر اليها صاحب السيارة ، وكذا اتفاق الاب مع ولده على أن يمنحه جائزة ان تفوق فى الامتحان •

ويجب أن يكون التعبير عن ارادة الالتزام بالعقد تعبيرا جادا ، أى يقصد به الالتزام فعلا ، فلا يكون المعبر هازلا لا يقصد فى الحقيقة الى ما يتناوله تعبيره من آثار قانونية ، وكذا أن يكون التعبير باتا ،

يصدر كقرار نهائي يتخذه المعبر عن الارادة في معنى الالتزام بعد مرحلة التفاوض (ان وجدت) ، وبعد التروى والاختيار .

والثاني : أن يتحقق التوافق بين ارادات أطراف العقد على الاثر القانوني المقصود ، أى أن يتم ما يسميه الفقه توافق الارادات أو التراضي . والتراضي هو الركن الجوهري للعقد بل هو كل معنى العقد ، وقد رأينا أن العقد هو توافق الارادات أو ارتباطها بقصد احداث أثر قانوني . وتمام التراضي بين أطراف العقد ، يقتضي اتفاقهم على نوع الاثر المقصود ، بيع أو ايجار أو شركة أو قرض او غير ذلك ، أى يتضمن اتفاقهم على طبيعة العقد التى تتحدد بصورة الآثار القانونية المراد احداثها ، كما يقتضي اتفاقهم على الشروط الجوهرية للعقد ، أى الالتزامات الاساسية فيه(1) .

ويلاحظ أن العقود أو الاتفاقات هى أداة التعامل فى مجالات متعددة من مجالات النشاط القانوني ، وتتخذ فى كل مجال منها طابعا خاصا ينعكس على المبادىء التى تحكمها ، فالاتفاقات التى تبرمها الدول فيما بينها تسمى المعاهدات وهى تخضع لاحكام خاصة تتفق مع طبيعة العلاقات الدولية ويتضمنها القانون الدولى العام . والدولة تلجأ الى ابرام العقود مع المقاولين الذين تستخدمهم فى تنفيذ المشروعات ، والموظفين الذين تستعين بهم فى تسيير المرافق العامة ، وهذه العقود التى تبرمها الدولة مع المقاولين أو الموظفين تخضع لاحكام القانون الادارى وتسمى العقود الادارية ، والعمليات التجارية التي يتكون

---

(١) والتراضي ، اى ارتباط ارادتى طرفى التعاقد ، لا يتم الا اذا صدر قبول التعاقد من الشخص الذى يعرض عليه العقد ، فى وقت مازال هذا العرض قائما فيه ملزما لمقدمه ، ذلك ان لزوم هذا العرض (الايجاب بالعقد) لا يظل قائما بغير حدود ، بل ان الزامه لا يدوم الا لفترة يحددها القانون كما نرى فى الكلام عن ارتباط الارادتين فى العقد .

منها نشاط التجار يتم أغلبها بعقود توصف بأنها عقود تجارية وتخضع للقانون التجارى . أما المعاملات المدنية التى يحكمها القانون المدنى . فتتم بعقود توصف بأنها مدنية ، وتخضع لقواعد القانون المدنى التى تنظم العقود . ولكن يلاحظ أن القواعد العامة للعقود فى القانون المدنى تعتبر قواعد عامة بالنسبة لسائر العقود سواء أكانت تجارية أو ادارية أو اتفاقات دولية ، ما لم توجد بالنسبة لهذه العقود قواعد خاصة تؤدى الى استبعاد تطبيق هذه القواعد العامة(١) .

ونحن لا ندرس فى نظرية العقد سوى القواعد العامة للعقود ، فى القانون المدنى ، بل لا ندرس قواعد العقود الا باعتبارها وسيلة التعامل على الحقوق ذات القيمة المالية ، فتخرج من نطاق دراستنا

---

(١) وقد ظهرت لدى بعض فقهاء القانون العام رغبة فى قصر تسمية العقد ، ومعناه القانونى ، على عقود القانون الخاص التى تتحدد آثارها وفقا لارادة عاقديها ، والتى تبرم بين طرفين يسعيان الى مصالح متقابلة (أى متعارضة) ، فاذا لم تكن للارادة قدرة أو حرية فى تحديد آثار العقد ، كما هى الحال فى الزواج مثلا الذى تتحدد اكثر آثاره واهمها بحكم القانون ، ويقتصر دور ارادة أطرافه على اعلان الخضوع لنظام قانونى محدد سلفاً ، فقد انكروا عليه وصف العقد ، وسماه بعضهم نظاما قانونيا .

واذا كان التعاقد لا يهدف الى تحقيق مصالح ذاتية متعارضة ، قالوا ان الاتفاق هنا أيضا لا يصدق عليه وصف العقد ، كما هى الحال فى الاتفاق على الشركة ، اذ تتجه ارادات اطرافه الى مصالح متماثلة غير متقابلة ، وكما هى الحال فى اتفاقيات العمل الجماعية التى تبرمها النقابات مع اصحاب الأعمال ليحددوا بها القواعد الاساسية فى علاقات اعضاء النقابة بأصحاب الاعمال بالنسبة لظروف العمل وحقوقهم المترتبة على عقودهم الفردية معهم ، فهى اتفاقيات تنظيمية تضع قواعد عامة ولا تنطوى على مصالح ذاتية لاطرافها .

ولكننا نلاحظ أنه مع الاعتراف بتميز الاتفاقات فى مثل هذه الصور عن عقود القانون الخاص ، فانها لا تخرج عن أن تكون اتفاقات تتم بالتراضى ، ولذا تحكمها فى تكوينها بل وفى آثارها ، المبادىء العامة للاتفاقات القانونية ، أى العقود .

بعض العقود المدنية التى لا تخص التعامل على الاموال ، كعقود الزواج أو الاتفاقات المتعلقة بحقوق الاسرة بصفة عامة ، ولذا فالمبادىء التى نتعرض لها فى دراستنا لنظرية العقود ، هى المبادىء التى تحكم العقود التى تبرم بين أشخاص يخضعون للقانون الخاص لاتمام معاملات ذات قيمة مالية •

١١ — دور الارادة فى العقد — سلطان الارادة :

الارادة التى تتجه الى احداث الاثر القانونى ، والتى تسمى فى فقه القانون ، التصرف القانونى ، هى أساس العقد ، فالعقد يتكون من ارادتين أو عدة ارادات تتجه الى احداث هذا الاثر ، والقوانين الحديثة تعترف للارادة بالقدرة على احداث الآثار القانونية ، اذا اتجهت الى ذلك ، بمعنى أنها تجعل من اتجاه الارادة الى تحقيق أثر قانونى معين، أساسا لان يرتب القانون على مجرد اتجاهها اليه ، نشوء هذا الاثر وتحققه ، والقوانين الحديثة لا تجعل الارادة فى قيامها بهذا الدور ، محتاجة الى أن تقترن بأى اجراء أو شكل خاص ، ما دامت قد استوفت الشروط الموضوعية التى وضعها القانون لذلك • كما أنه بالارادة أيضا يمكن أن تحدد شروط المعاملات التى تتم بالاتفاق بين الافراد ، كيفما يريد أطراف هذه المعاملات ، ما دامت لا تخرج فى ذلك عن أوامر القانون ونواهيه ، فالارادة وحدها دون حاجة لاقترانها بشكل من الاشكال تكفى ، فى الاصل ، اذا اتجهت الى احداث أثر قانونى ، ليرتب القانون على اتجاهها هذا الاثر ، ومن ناحية أخرى فالارادة عامل أساسى فى تحديد مضمون الآثار التى يرتبها القانون فى هذه الحال ، وهذه القدرة للارادة هى ما يسمى فى الفقه بسلطان الارادة (أو ذاتيتها) (١) ، وهذا السلطان يعتبر مبدأ قانونيا حديثا ، فهو لم

---

(١) ترجمة للتعبير الفرنسى الذى يستخدم فى هذا المعنى وهو Autonomie de la volonté وانظر تفسيرا لمعنى سلطان الارادة

يسد فى نظام العقد فى الصورة البدائية للقوانين القديمة .

وهذا المبدأ ، أى سلطان الارادة أو ذاتيتهـا ، يعنى فى القوانين الحالية أمرين :

الاول : أن الارادة وحدها قادرة على انشاء الالتزام ، بمعنى أنه لا يلزم أن يقترن التعبير عن الارادة بأى اجراء أو شكل خاص . ليترتب عليها ما تقصد اليه من آثار قانونية ، وذلك على خلاف ما كانت عليه الحال فى كثير من القوانين القديمة كالقانون الرومانى ، حيث كان يلزم فى التعبير عن الارادة القيام بأعمال مرسومة ذات طابع طقسى ، أو التلفظ بعبارات محددة يكمن فيها سر الالتزام ، والا لم يترتب أثرها وفقا للقانون . وكفاية الارادة وحدها وحرية اختيار وسيلة التعبير عنها ، دون التزام أشكال أو طقوس محددة ، فى اطار العقود ، يسمى « مبدأ الرضائية » وهو مبدأ سائد فى القانون الحديث ، أى أنه القاعدة الاصلية فى تكوين العقود .

والثـانى : أن الارادة قادرة على تعيين الحـدود التى تلتزم فيها ، أى قادرة على تحديد مضمون الآثار القانونية التى تنشأ بها ،

=

او ذاتيتها بمفهوم الفكر الفردى فى اسماعيل غانم ، فقرة ٢٩ ، فهو يقول ان سلطان الارادة فى العقد يعنى : (١) ان اساس القوة الملزمة للعقد هو قوة الارادة ، اى ارادة الطرفين لا حكم القانون (٢) أن كل ما يقبل بالارادة فهو عادل . وهو ينتقد هذين الوجهين من اوجه سلطان الارادة ويقول أن القوة الملزمة للعقد اساسها سلطان القانون ، وأن القانون يعترف بالقوة للعقد تحقيقا للمصلحة الاجتماعية ، كما ينتقد اعتبار كل ما ينتج عن الرضاء والقبول من الآثار القانونية ، حكما عادلا ، كما يذهب انصار الفكر الفردى .

والانتقادات السـابقة صحيحة ولكنها لا تعنى زوال مبـدا سلطان الارادة الا اذا فهم بالصورة التى عرضها المؤلف ، اما اذا فهم بالمعنى الذى عرضناه بالمتن ، فليس من شك فى انه مازال المبدا الاصلى فى تنظيم العقود فى القوانين الحديثة .

وفقا لرغبة صاحبها ، وأن التزام الشخص بارادته ، أو قبوله للتحمل بواجب قانونى معين ، يجعله متحملا به بالصورة التى حددها ، واذا تم الاتفاق بينه وبين شخص آخر على ما تعهد به ، لا يجوز للملتزم أن يرجع عما التزم به الا اذا رضى هذا الشخص الآخر ، أى لا يجوز تعديل الاتفاق الا باتفاق لاحق ، بين أطرافه •

١٢ — حدود سلطان الارادة :

ولكن هذين الوجهين لمبدأ سلطان الارادة لا يؤخذ بهما على اطلاقهما فى القوانين الوضعية الحديثة •

فمبدأ الرضائية ترد عليه استثناءات تتمثل فى استلزام أشكال خاصة لابرام بعض التصرفات ، فالقانون المصرى مثلا يستلزم تمام التراضى على ابرام عقد رهن العقار رهنا رسميا ، أمام الموثق ، أى يستلزم لانعقاد الرهن ، الكتابة الرسمية (المادة ١٠٣١ مدنى) • والقانون يستلزم الكتابة الرسمية فى بعض العقود الاخرى ، كالهبة (المادة ٤٤٨ مدنى) ، كما يتطلب الكتابة ، ولو لم تكن رسمية ، فى بعض العقود الاخرى ، أى يجعل انعقادها مشروطا باثبات التراضى فى ورقة عرفية ، كعقد الشركة (المادة ٥٠٧ مدنى) • والشكل الذى يلزم لابرام بعض العقود ، فى القوانين الحديثة هو ، فى أغلب الاحوال، الكتابة ، رسمية كانت أم عرفية ، ولكن القانون قد يستلزم أشكالا أخرى ، كحضور شاهدين على التراضى ، شرطا لصحة عقد الزواج ، وتسليم المنقول الموهوب الى الموهوب له شرطا لصحة عقد هبة المنقول (والتسليم هنا يغنى عن التراضى على الهبة أمام الموثق ، أى يغنى عن الشكل الرسمى المشترط فى هذا العقد — المادة ٤٨٨ مدنى) •

وقد كانت الاشكال فى القوانين القديمة عديدة وبدائية ، كما كانت لازمة فى كثير من العقود • أما فى القوانين الحديثة ، فالشكل ، فى الاصل ، هو الكتابة ، كما أنه أمر استثنائى بمعنى أنه لا يلزم أى شكل

فى ابرام العقد الا اذا استلزم القانون ذلك • وفى كل عقد لم يتطلب القانون شكلا خاصا للرضاء به ، فان هذا الرضاء يتم التعبير عنه بأية صورة أو طريقة يختارها المعبر عن ارادته • ومن ناحية أخرى ، فشكل العقد فى القانون الحديث لا يغنى عن ضرورة توافر ارادة كل متعاقد ، وسلامة هذه الارادة ، أى أن اتمام الاجـراء الشكلى اللازم لابرام العقد لا يعتبر شرطا كافيا لوجود العقد فى نظـر القانون ، كما كانت الحال فى بعض القوانين القديمة ، فالشكل لا يغنى عن ضرورة وجود ارادة سليمة للمتعاقد ، فاذا تم الشكل المطلوب ولكن ثبت أن المتعاقد كان مكرها ، أو غالطا فى مسألة جوهرية ، لا يكون تصرفه صحيحـا ، رغم توافر الشكل ، بسبب عيوب الارادة • وهذا يخالف أحكام القوانين القديمة التى كان الشكل فيها شرطا كافيا لقيام العقد • ويلاحظ أيضا أن الغاية من اشتراط الاشكال فى بعض العقود فى القوانين الحديثة ، هى حماية المتعاقد بتنبيهه الى خطورة التصرف الذى يقدم عليه كما فى الهبة أو الرهن الرسمى ، أو تحقيق الاستقرار ، بتوحيد الصورة التى يتم بها ابرام بعض التصرفات الهامة كثيرة الانتشار(١) • وهذه الغاية تميز شكلية القوانين الحديثة عن شكلية القوانين القديمة ، التى كانت تقوم غالبا على الاعتقاد بعدم كفاية العهـد المقطوع ، وحـده ، أى الارادة وحدها ، دون اجـراء ذى طابع خارجى وملموس ، لانشـاء الالتزام ، وتحقيق الآثار القانونية بصفة عامة •

وحرية الارادة فى تحـديد مضمون الالتزامات التى تتجـه الى احداثها ، وهى الوجه الآخر لمبدأ سلطان الارادة ، ترد عليه قيود من القواعد القانونية الآمرة التى لا يسمح القـانون بمخالفتها ويجعـل

---

(١) كما هى الحال فى اشتراط رسمية عقد بيع الحقوق العقارية فى بعض القوانين ، لتيسير تسجيله خصوصا مع الاخذ بنظام السجل العينى ، وكما هى الحال فى شكلية الاوراق التجارية كالكبيالة والشيك وهى ادوات وفاء وائتمان ، فى صورة محررات ذات بيانات معينة •

الاتفاق المخالف لهـا باطلا ، حماية للنظام العـام وحسن الآداب •
وهذه القواعد الآمرة التى تحد قدرة الارادة على تحـديد مضمـون الالتزامات الارادية ، كثيرة فى الوقت الحاضر ، فهناك قواعد تسعير السلع ، التى تفرض لكل سلعة ثمنا ، فتقضى على حرية البائع فى تحديد الثمن بالاتفاق مع المشترى فى عقـد البيع ، اذ يكون الثمن المحـدد قانونا هو الثمن الذى لا يجوز الاتفاق على غيره • وهناك قواعد أخرى كثيرة تحدد أجرة المساكن والارض الزراعيـة وتلغى حرية المؤجـر والمستأجر فى تحديد مدة الايجار أو انهاء العقد ، وكذا هناك قواعـد حديثة تلزم أصحاب الاعمال بواجبات معينة لمصلحة العمال ، ولا يجوز لاصحاب الاعمال أن يعفوا أنفسهم من هذه الواجبات أو من بعضـها ولو كان ذلك برضاء العمال ، أى ولو كان ذلك بالاتفاق بين العمـال وأصحاب الأعمال على هذا الاعفاء ، كقواعد تحديد ساعات العمل ، ومنح العمال راحتهم الاسبوعية ، والاجازات السنوية ، وتحديد الاجر وتنظيم الوفاء به وكذا القواعد المنظمة لفوائد النقود وغير ذلك •

وحق الافراد فى تحديد مضمون اتفاقهم بارادتهم الحرة ، يجعل اتفاقهم أساس تنظيم علاقتهم الناشئة بالعقد ، ويصاغ هذا المبدأ فى القول بأن العقد شريعة المتعاقدين ، أى أنه يتضمن القواعد التى يخضع لهـا أطرافه فى خصوص المعاملة موضوع العقد ، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز نقض العقد أو تعديله الا باتفاقهم ، وتنص على هذا المبدأ فى القانون المصرى ، المـادة ١٤٧ مدنى • ومع ذلك يلاحظ أن هـذا المبدأ ليس مطلقا ، فالقوانين الحديثة تورد عليـه بعض الاستثناءات مراعاة للعدالة ، فتبيح للقضاء أن يعـدل من شروط العقـد فى بعض الاحوال (بناء على شكوى أحد أطرافه بطبيعة الحال) ، اذا كانت هذه الشروط تحدث لاحد الاطراف ارهاقا جسيما نتيجة لظروف طارئة بعد ابرام العقد ، أو اذا كانت شروطا تعسفية فرضها أحد أطراف العقـد على الآخر (المـادة ١٤٧ مدنى فقرة ثانية ، والمـادة ١٤٩ مدنى) •

ونلاحظ فى النهاية أن الميل الى تقييد مبدأ سلطان الارادة فى نطاق العقد ، يظهر فى الوقت الحاضر أكثر مما كانت عليه الحال من قبل ، ذلك أن مبدأ سلطان الارادة فى صورته الكاملة يرتبط بالفلسفة الفردية ، ولما كانت الافكار السائدة فى المجتمعات الحديثة هى الافكار الاجتماعية أو الاشتراكية ، فقد أدى ذلك الى ازدياد القيود على سلطان الارادة ، فالافكار الاشتراكية تنادى بضرورة تدخل الدولة ، بوساطة أحكام القانون ، لتنظيم علاقات الافراد ، حتى فى معاملاتهم الخاصة ، تنظيما اجباريا لا يترك لارادتهم كثيرا من الحرية فى تنظيمها(١) .

١٣ — اقسام العقد (تصنيفه) :

يجرى الفقه على تقسيم العقود الى أقسام عديدة على أساس ما يميز كل قسم منها من قواعد فى انشائها (أو ابرامها) أو ما يميزها من أحكام خاصة فى ترتيب آثارها ، ويعطى لكل نوع من أنواع العقود تسمية خاصة أو وصفا يدل على الحكم المميز لهذا النوع . وتورد بعض التشريعات كالقانون المدنى الفرنسى ، فى نصوصها ، بعض تقسيمات العقود (كالمواد من ١١٠٢ الى ١١٠٧ من القانون المدنى الفرنسى) ، ولكن الواقع أن مجرد تقسيم العقود الى طوائف (أى تصنيفها) وتعيين الاوصاف التى تعطى لكل طائفة منها ، ليس من عمل المشرع ، انما هو من عمل الفقه فعمل المشرع هو وضع القواعد ذات الطابع العملى ، أى القواعد التى تتضمن أحكاما تحدد حقوق وواجبات كل طرف فى

---

(١) انظر فى ظهور مبدأ سلطان الارادة والعوامل التى ساعدت على ذلك ، وفى سيطرته على الفكر القانونى بتاثير الفلسفة الفردية ثم انتكاسة نتيجة لازدهار الافكار الاجتماعية والاشتراكية ، مما أدى الاخذ به فى نطاق يوفق بين التسليم بقدرة الارادة ، وضرورة اخذ المصلحة الاجتماعية فى الاعتبار فى نفس الوقت ، الوسيط للسنهورى ، فقرة ٤١ وما بعدها ومارتى ورينو ، المرجع السابق ، فقرة ٣٠ وما بعدها .

العقد • وحتى ان كان الشارع يصدر فى وضع هذه الاحكام العملية عن فكرة أو نظرية معينة ، فيجب أن يتم ذلك دون أن تشير نصوص التشريع الى هذه الفكرة أو النظرية ، ولذا فليس من الملائم أن تكون فى التشريع نصوص لا تفعل أكثر من تقرير تقسيمات علمية أو فقهية • دون أن تكون ذات دور فى تقرير الاحكام العملية •

وعلى ذلك فاغفال النصوص لتقسيمات العقود ، أو بعض هـذه التقسيمات ، ليس معناه استبعاد ما لم ينص عليه من الاقسام أو عدم الاعتراف به ، ولهذا فان فقهاء القانون الفرنسى ، لا يقفون فى بيـان أقسام العقود عند تقسيمات القانون المـدنى الفرنسى للعقـود ، بل يضيفون اليها تقسيمات أخرى •

والقانون المدنى المصرى لا يورد تقسيمات للعقود فى نصوصه ، وهذا لا يعنى أنه لا يعترف بأى تقسيم ، ذلك أن أقسام العقود تبنى على الاحكام الخاصة لكل قسم منها ، المتناثرة فى النصوص ، ولا حاجة الى نص خاص على التقسيم للقول بأخذ قانوننا به •

ونستعرض فيما يلى أهم تقسيمـات العقـود ، كما تؤخـذ من أحكامها فى القانون المصرى ، فنتكلم عن تقسيمات العقود الى رضائية وغير رضائية ، وتقسيمها الى عقود مساومة وعقود اذعان ، وعقـود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد ، ثم عن عقود المعاوضـة وعقود التبرع وكذا عن تقسيم العقود الى عقود فورية وعقود زمنيـة (أو ممتدة أو عقود مدة) وأخيرا عن تقسيمها الى عقود محددة وعقود احتماليـــة •

١ ــ العقود الرضائية والعقود غير الرضائية :

تقسم العقود من حيث الصورة التى يتم بها التعبير عن الارادة فيها والتراضى عليها ، الى عقود رضائية وعقود غير رضائية ، والعقد

الرضائى هو ذلك العقد الذى يتم بمجرد تلاقى ارادات أطرافه ، بعد أن يعبروا عن هذه الارادات على أية صورة يرغبون ؛ أى هو العقد الذى لا يلزم للتعبير عن الارادة فيه شكل خاص يفرضه القانون ، كما لا يلزم فيه اقتران التعبير عن الارادة بأى عمل أو اجراء آخر ، كشرط لقيامه ، والاصل أن كل العقود رضائية ، ما لم يقض القانون بغير ذلك •

العقد الشكلى :

والعقد غير الرضائى ، الذى يسمى أيضا العقد الشكلى ، هو عقد لا يكفى لابرامه مجرد ابداء الرضا به من طرفيه ، وتلاقى ارادتيهما ، بل يلزم فيه اما أن يتم التعبير عن الارادات فى شكل معين ، ومن هذا تسميته بالعقد الشكلى ، واما أن يقترن التراضى عليه باجراء أو عمل معين ، لينعقد به العقد[1] •

والشكل الذى يشترط فى ابرام عقد قد يكون استلزام التراضى عليه أمام موظف رسمى مختص ، يشهد على التراضى ويثبت حدوثه فى وثيقة رسمية تسمى « المحرر الرسمى » ، ويكون شكل العقد هو الكتابة الرسمية ، ويوصف بأنه عقد رسمى[2] • وقد تكون الكتابة اللازمة لقيام العقد كتابة يقوم بها أطراف العقد أنفسهم دون تدخل موظف رسمى ، أى كتابة عرفية ، فيكون الشكل اللازم لابرام العقد هو الكتابة العرفية • ومن أمثلة العقود التى تلزم لابرامها الكتابة الرسمية ، فى القانون المصرى ، عقد انشاء رهن رسمى (المادة ١٠٣١

---

(١) كحضور شهود عند ابرام الزواج (شاهدين رجلين او رجل وامراتين) •

(٢) والموظف الرسمى قد يكون « الموثق » الذى يعين لتوثيق العقود بين الافراد ، وقد يكون موظفا له أعمال أخرى ، كالقاضى بالنسبة للبيع القضائى بالمزاد ، وانظر مارتى وربنو ، فقرة ٥٧ •

مدنى) وعقد الهبة (م ٤٤٨ مدنى) ومن العقود التى تلزم فيها الكتابة العرفية ، عقد الشركة (م ٥٠٧ مدنى) ، والاتفاق على نقل حقوق المؤلف على مؤلفاته الى الغير (المادة ٣٧ من قانون حق المؤلف) •

ويلاحظ أن استلزام شكل معين فى الرضاء بالعقد ، يترتب على اصدار الرضاء دون اتباعه ، بطلان التصرف وعدم انعقاد العقد ، هذا الاستلزام لا يكون الا بحكم القانون أى بقاعدة يفرضها القانون ، ولا يكفى لذلك اتفاق أطراف العقد على استلزام هذا الشكل ، وان كان من الجائز أن يعلق أطراف العقد ، بالاتفاق بينهم ، التزامهم نهائيا به على اتمامه فى صورة معينة ، كتوثيقه فى محرر رسمى(١) •

ومن ناحية أخرى ، يلاحظ أن القانون قد يشترط أشكالا أو اجراءات معينة عند ابرام عقد من العقود ، دون أن يعنى ذلك أنه يفرض بذلك شكلا لابرامه ، يترتب على تخلفه عدم انعقاد العقد ، فالقانون يستلزم لاثبات العقد الذى تزيد قيمته عن ١٢٠ جنيه أن يكون بمحرر أى بكتابة ، مما يقتضى اثبات التراضى عليه فى محرر • ولكن عدم اعداد الدليل المكتوب عند ابرام العقد لا يعنى عدم انعقاده ، فالعقد قائم واثباته ممكن بالوسائل التى تحل محل الادلة الكتابية (الاقرار أو اليمين أو غيرها) ،ولو كانت الكتابة هنا شكلا لابرام العقد لاعتبر غير موجود قانونا ولو أقر أطرافه باتفاقهم • كذلك لا يعتبر تسجيل عقود التعامل على الحقوق العقارية ، الذى يوجبه قانون الشهر العقارى ، لمنشوء هذه الحقوق أو انتقالها ، شكلا فى هذه العقود ، لانها تنشأ وتقوم صحيحة دون اتمام التسجيل ، والتسجيل لا يلزم الا لتحقق بعض آثارها ، وهو نقل الملكية •

---

(١) فيكون اشتراط تحرير الوثيقة الرسمية شرطا يعلق عليه أطراف العقد التزامهم بالعقد ، ولا يعنى تخلفه بطلان التصرفات التى يتم بها العقد لان البطلان لا يترتب الا على مخالفة شرط قانونى (أى مصدره القانون) للتصرف ، انظر تفصيلا فى مؤلفنا عن نظرية البطلان ، القاهرة ١٩٥٦ فقرة ٤٤ وما بعدها .

العقـود العينيـة :

وهناك عقود أخرى غير رضائية ، ولكنها لا توصف عادة بأنها شكلية ، وانما تسمى عقودا عينية ، ذلك أن انشاءها يقتضى أن يقترن التراضى عليها بين أطرافها ، بتسليم الشىء الذى يتعلق به الاتفاق الى أحد المتعاقدين ، ففى هذه الحال يتم ابرام العقد بالتراضى مع تسليم عين من الاعيان ، ولذا يوصف العقـد بأنه « عينى » ؛ ولا توجـد فى القوانين الحديثة عقود عينية الا نادرا(١) ومثلها فى القانون المصرى هو عقد هبة المنقولات ، (اذا لم يتم فى صورة رسمية) ، اذ يعتبر صحيحا وتاما اذا اقترن الرضاء بالهبـة من جانب الواهب بتسليم المنقـول الموهوب ، الى الموهوب له (المـادة ٤٨٨/٣ مدنى) .

وقد كانت هناك عقود عينية عديدة فى القانون الرومانى ، انتقلت باعتبارها كذلك الى بعض القوانين الحديثة ، كالقانون الفرنسى الذى يعتبر عقود : القرض والوديعة والعارية والرهن الحيازى ، عقـودا عينية وقد انتقلت نظرة القانون الفرنسى الى هذه العقود ، الى القانون المدنى المصرى السابق فاعتبرها عينيـة أيضا ، ولكن القانون المـدنى الحالى نظمها باعتبارها عقودا رضائية ، فلم يعد فيه من العقود العينية غير هبة المنقول (الهبة اليدوية)(٢) .

٢ ــ عقود المساومة وعقود الاذعان :

هذا التقسيم للعقود يقوم على الخلاف فى كيفية حدوث التراضى بين أطراف العقد ، وظروف هذا التراضى ، فاذا تم التراضى على أساس المساواة الفعلية والقانونية بين أطراف العقـد بحيث كان فى قدرة كل

---

(١) والواقع انها صورة للتراضى تتفق مع نظرة القوانين القديمة الى عدم كفاية الارادة بذاتها ، دون أن تقترن بأعمال مادية خارجية مصاحبة ، لاحداث الاثر القانونى .

(٢) don manuel

منهم مناقشة شروطه ، فيتم الاتفاق بينهم بعد المفاوضة والمساومة ، كان عقدا من عقــود المساومة • أمــا ان كان العقد يبرم بين أطراف يستطيع أحدهم بحكم وضعه الفعلى أو القانونى ، أن يفرض على غيره من أطراف العقد شروط العقد فى جملتها وهو عقــد يطرح عادة على الجمهور أى على كل الراغبين فى التعاقد بشروطه المحددة سلفا دون أن يكون من حقهم مناقشتها أو تعديلها ، بل لا يكون أمامهم سوى الاذعان لمــا يعرض عليهم من شروط ، فى هذه الصورة يوصف العقد بأنه عقد « اذعان » • فعقد الاذعان عقد يخضع فيه أحد طرفى العقــد للشروط التى يستأثر بوضعها الطرف الآخر الذى لا يقبل مناقشتها ، وهذا هو ما يحدد به الشارع معنى الاذعان فى المــادة ١٠٠ من القانون المدنى التى تنص عن أن « القبول فى عقود الاذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها » •

وهذه الصورة من صور التعاقد توجد فى الاحوال التى يحتــكر فيها أحد المتعاقدين ، احتكارا قانونيا أو فعليا ، مرفقا من المرافق التى تقدم الخدمات للجمهور ، أو سلعة من السلع ، كالشركات التى تتولى توزيع الكهرباء والغــاز والمــاء فى المــدن ، وكذا الشركات التى تدير مرافق النقل أو التليفون أو التى تقوم بعمليات التأمــين[1] ، فتعاقد المنتفعين من خدمات هذه الشركات يتخذ غالبا صورة عقد الاذعان ، وشروط العقود فى هذه الحال تكون صورة محددة من قبل المحتكر الذى يعرضها على الجمهور بصفة دائمة ، ومن أراد أن يتعاقد معه ، عليه أن يقبل هذه الشروط دون مناقشة ، أى أن الايجاب بعقود الاذعان يتخذ دائما صورة العرض العام الدائم ، ولا يتغير مع كل عقــد ، كما هى الحال فى عقود المساومة •

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن بيع السيارة من شركة محتكرة يعتبر عقد اذعان ـــ حكم ١٩٧٤/٣/١٢ فى الطعنــــين ٣٦٨ و ٩٣٨ السنة ٣٧ قضائيـــة .

ويتدخل الشارع لتنظيم عقود الاذعان التى يبرمها الافراد مع شركات ادارة المرافق العامة ، والاحتكارات بوجه عام ، ليمنع استغلال المحتكرين للجمهور(١) ، ولذلك فهناك فوائد من الناحية القانونية ، للتفرقة بين عقود الاذعان وعقود المساومة يظهر أهمها فى الاحكام الآتية:

(أ) يقضى القانون بأن للقاضى أن يلغى أو يعدل الشروط التعسفية التى يفرضها المحتكر على الطرف المذعن فى عقود الاذعان ، وتنص على ذلك المادة ١٤٩ من القانون المدنى ، وهى تقضى بأنه « اذا تم العقد بطريق الاذعان ، وكان قد تضمن شروطا تعسفية ، جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها ، وذلك وفقا لما تقضى به العدالة • ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » • وهذا حكم خاص بعقود الاذعان يخرج على القاعدة الاصلية فى قصر سلطة القاضى بالنسبة للعقود على تفسيرها وتحديد مضمون شروطها لا تعديلها ، وفقا لمبدأ « العقد شريعة المتعاقدين » •

(ب) ينص القانون كذلك على أنه عند الشك فى تحديد معنى شرط من شروط العقد ، يفسر الشك لمصلحة المدين • وقد خرج القانون على هذه القاعدة بالنسبة لعقود الاذعان فجعل تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن سواء أكان دائنا أو مدينا (المادة ١٥١ مدنى)(٢) •

---

(٢) كما تشترط الادارة عادة على المحتكر فى عقود الامتياز التى يمنح بها احتكار مرفق من المرافق ، شروطا لمصلحة المنتفعين من المرفق الذى يمنح به الامتياز ، لتحقيق هذه الغاية .

(٢) وهى تنص على أن « يفسر الشك فى مصلحة المدين . ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن » .

٣ ـ العقود الملزمة للجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد :

العقد الملزم للجانبين هو العقد الذى يلتزم فيه كل من طرفيه بالتزامات مقابلة لالتزامات الطرف الآخر ، كعقد البيع الذى يلتزم فيه البائع بنقل ملكية المبيع الى المشترى الذى يلتزم بدوره بالثمن ، وكعقد الايجار وعقد العمل وأكثر العقود • أما العقد الملزم لجانب واحد ، فهو ، فهو العقد الذى لا ينتج التزامات الا على عاتق أحد طرفيه دون الآخر ، كالهبة التى لا تنشأ الالتزامات بها الا على الواهب (التزام نقل ملكية المـــال الموهوب وتسليمه الى الموهوب له) ، وكالوديعة بغير أجر حيث لا ينشأ بها التزام الا على المودع لديه ، وهو التزامه بحفظ الشىء المودع ورده عند طلبه من المودع •

والعقد الملزم لجانب واحد يتم ، كالعقد الملزم لجانبين ، يتلاقى ارادتين على الاقل ، فالعقد لا ينشأ الا بارتباط بين ارادتين أو أكثر • والذى يدعو الى التنبيه الى هذا الامر البدهى ، هـــو دفع اللبس أو الخلط الذى يحدث بين التصرف من جانب واحد والعقد الملزم لجانب واحد(١) ، رغم اختلافهما اختلافا واضحا ، فالتصرف من جانب واحد يتم بارادة واحدة ، أى أنه ليس عقدا وانما هو ارادة منفردة ومثله الوصية ، أو التصرف الذى يتم به انشاء مؤسسة خاصة ، أو الوعـــد بجائزة لمن يقوم بعمل أو انجاز معين ، فكل هذه التصرفات من جانب واحد ، أى تتم دون حاجة الى ارتباط بين ارادتين أو أكثر • أما العقد الملزم لجانب واحد ، فهو عقد ، أى ارتباط بين ارادتين أو أكثر ، ولكن آثار هذا العقد تتحقق بالتزام من جانب واحد ، أى على عاتق أحـــد أطرافه دون الآخر •

---

(٢) وهذا الخلط يحدث على الخصوص فى اللغة الفرنسية حيث يسمى العقد الملزم لجانب واحد **Contrat unilatéral** والتصـــــرف من جانب واحد **Acte unilatéral**

والعقود الملزمة لجانبين تختلف فى بعض أحكامها عن العقود الملزمة لجانب واحد ، وذلك بسبب ما يقوم من تقابل أو تساند بين الالتزامات التى تترتب على العقد الملزم للجانبين ، وليس لهذا التقابل وجود فيما ينشأ عن العقد الملزم لجانب واحد من الالتزامات ، هذه الاحكام هى :

(أ) اذا أخل أحد طرفى العقد ، فى العقود الملزمة لجانبين ، بالتزاماته ، كان للطرف الآخر أن يطلب فسخ العقد ، وهو ما يعنى حل الرابطة العقدية ، كوسيلة لاعفائه من التزاماته المقابلة لالتزامات الطرف المقصر ، وهذه الوسيلة ، أى الفسخ ، لا يمكن استخدامها فى العقد الملزم لجانب واحد لان تقصير الملتزم فى هذا العقد ، يعنى حرمان الطرف الآخر ، وهو الدائن بهذه الالتزامات ، من الفائدة التى يحصل عليها من العقد ، وليس يجدى هذا الدائن فى العقد الملزم لجانب واحد طلب فسخ العقد ، لانه لا يفيد شيئا فى الضغط على المدين المقصر لحمله على الوفاء ، ذلك أن الفسخ لن يؤدى الى حرمانه من أى حق ، لان الطرف الآخر لا يلتزم بشىء ، فاذا امتنع المودع لديه (بمقتضى عقد وديعة غير مأجورة أى بلا مقابل) عن رد الوديعة الى صاحبها(١) ، لا يتصور أن يطلب المودع فسخ العقد كجزاء لهذا الامتناع ، لان الممتنع لن يحرم من شىء بهذا الفسخ ، بل المتصور أن يطالب الدائن المدين بتنفيذ التزامه واجباره على الوفاء به .

(ب) نظرا لتقابل الالتزامات فى العقد الملزم للجانبين ، يمكن أن يتخذ امتناع أحد طرفى هذا العقد عن الوفاء بالتزاماته ، مع بقاء العقد قائما ، وسيلة لحمل الطرف الآخر على الوفاء بالتزامه المقابل ، فيكون من حق كل طرف فى العقد الملزم للجانبين ، أن يمتنع عن تنفيذ التزامه اذا طالب بذلك الطرف الآخر ، حتى يقوم المطالب نفسه بتنفيذ ما يقع على عاتقه من التزام مقابل ، فاذا طالب المشترى البائع بتسليم المبيع .

---

(١) أنظر السنهورى ، الوجيز ، فقرة ٣٦ .

كان للبائع أن يطالبه بالوفاء بالثمن المستحق عند التسليم فى نفس الوقت وأن يمتنع عن التسليم حتى يتم الوفاء بالثمن • وهذا الامتناع امتناع مشروع عن الوفاء ، ويسمى فى الفقه الدفع بعدم التنفيذ ، لان المدين يدفع مطالبته بالوفاء من المتعاقد الآخر ، بأن هذا المتعاقد الآخر لم يقم من جانبه بتنفيذ التزامه ، ولا يتصور الالتجاء الى هذا الدفع فى العقد الملزم لجانب واحد حيث ينحصر الالتزام فى أحد طرف العقد(١) •

(جـ) هناك فرق آخر فى الاحكام بين العقد الملزم لجانبين والعقد الملزم لجانب واحد فى تحديد الشخص الذى يتحمل بتبعه هلاك الشىء الذى يتصل به التعاقد ، بقوة قاهرة ، أى دون خطأ من أحدهما • ففى العقود الملزمة للجانبين تكون هذه التبعة على المدين بتسليم الشىء الذى

---

(١) ويلاحظ ان الحق فى الدفع بعدم التنفيذ ، اى الامتناع المشروع عن الوفاء بالالتزام اذا كان محل هذا الالتزام تسليم شىء من الاشياء ، يقوم فى كل حال يكون فيها الدائن المطالب بالتسليم ، مدينا فى نفس الوقت بالتزام يرتبط بالتزام الممتنع دون حاجة الى ان يكون هذا الارتباط قائما على نشوء الالتزامين من عقد واحد،ملزم للجانبين،بل يكفى مجرد وجود التزامين مرتبطين ولو كانا ناشئين عن سببين مختلفين.ويسمى حق الامتناع عن الوفاء بالالتزام بتسليم الشىء ، فى هذه الحال ، حق الحبس اى حق المدين فى حبس الشىء الذى يلتزم بتسليمه ، حتى يفى الدائن بالتزامه المقابل (ينظم القانون المصرى حق الحبس فى المواد من ٢٤٦ الى ٢٤٨) . ومن هذا يظهر أن من الممكن ان يتم الدفع بعدم التنفيذ فى صورة استعمال حق الحبس فى عقد ملزم لجانب واحد ، اذا انفق المودع لديه على الشىء المودع مصروفات ضرورية لحفظة من الهلاك مثلا ، اذ يكون من حقه أن يمتنع عن رده حتى يوفى له المودع بهذه المصروفات ، والفرق بين العقد الملزم للجانبين والعقد الملزم لجانب واحد فى هذا الصدد ، هو ان تقابل الالتزامات فى العقد الملزم للجانبين فى جميع الاحوال يجعل الدفع بعدم التنفيذ حكما ملازما لهذا العقد وفى جميع صور الالتزامات ، فى حين انه لا يطبق فى العقد الملزم لجانب واحد الا اذا نشأ التزام مقابل على عاتق الدائن مقابل التزام المدين بتسليم الشىء الذى تحت يده ، نتيجة لواقعة تالية لنشوء العقد . وانظر اسماعيل غانم ، فقرة ٣٦ .

يهلك ، فيتحمل الخسارة الناتجة عن هذا الهلاك ، فى حين أنها فى العقود الملزمة لجانب واحد تكون على الدائن . فاذا احترقت السيارة المبيعة فى حريق نتج عن سقوط صاعقة (بقوة قاهرة) والسيارة لم تزل فى يد البائع ، أى قبل أن يسلمها الى المشترى ، يترتب على هلاك السيارة اعفاء البائع من التزامه بتسليمها (م ٣٧٣ مدنى) ولكن المشترى يعفى بدوره من التزامه بالثمن الذى اشتراها به (م ١٥٩ مدنى) ، ومعنى ذلك أن البائع (المدين بالتسليم فى عقد البيع الملزم للجانبين) يتحمل الخسارة الناجمة عن احتراق السيارة ، أى يتحمل تبعة هلاكها ، أما فى العقد الملزم لجانب واحد كالوديعة ، اذا هلك الشىء المودع وهو فى حيازة المودع لديه ، أى قبل رده الى المودع ، وكان الهلاك بغير خطأ من المودع لديه ، أى بقوة قاهرة ، فانه يعفى من التزامه برد الوديعة ولكنه لا يخسر شيئا لان الشىء الهالك غير مملوك له ، بل تكون الخسارة ، أى تبعة الهلاك فى العقود الملزمة لجانب واحد ، تكون على الدائن .

والعقد الملزم للجانبين يوصف بأنه عقد تبادلى ، وتوافر هذا الوصف لعقد ، أو اعتباره عقدا ملزما لجانب واحد ، أمر يتحدد فى وقت ابرامه ، فينظر فى القول بأن العقد تبادلى أو ملزم لجانب واحد ، الى أحكامه وقت ابرامه ، فان كان ملزما لجانب واحد فى ذلك الوقت ، ثم حدث أن نشأ على عاتق الطرف الآخر فيه ، التزام متصل بالعقد ، فى تاريخ لاحق لوقت ابرامه ، ظل على وصفه الاول ، فلا يعد ، نتيجة لهذا الالتزام اللاحق على عاتق الطرف الآخر ، عقدا ملزما للجانبين ، فاذا كانت هناك وديعة مجانية ، أى بغير مقابل لحفظ الشىء يستحقه المودع لديه ، فان الاتفاق على هذه الوديعة يكون عقدا ملزما لجانب واحد ، هو جانب المودع لديه الذى يلتزم بالمحافظة على الوديعة وردها عند طلبها من المودع . فاذا اضطر المودع لديه الى انفاق بعض المصروفات لصيانة الشىء المودع وحمايته من الهلاك ، قبل رد الوديعة ، فى هذه الحال يلتزم المودع بأن يرد هذه النفقات الى المودع لديه قبل

استرداد الوديعة ، ولكن العقد لا يتحول نتيجة لذلك الى عقــد ملزم للجانبين مادام كان عند انشائه ، ملزمـا لجانب واحـد • والواقع أن التزام صاحب الوديعة برد نفقات الحفظ والصيانة الى المودع لديه ، ليس التزاما مترتبا على العقد وانما هو التزام نشأ بحكم القانون بعد ابرام العقد لمنع اثراء المودع على حساب المودع لديه بغير وجه حق بقيمة ما أنفقه المودع لديه على الشيء المودع ، ويصف بعض الفقــه عقد الوديعة فى هذه الحال بأنه عقد تبادلى ناقص ، ولكن هذه التسمية غير صحيحة لان العقد ، رغم نشوء التزام على عاتق المودع ، يظل غير تبادلى ، أى يظل ملزما لجانب واحد(١) •

٤ ــ عقد المعاوضة وعقود التبرع :

عقد المعاوضة هو العقد الذى يتلقى كل طرف فيه مقابلا لما يلتزم به فى العقد • وأمثلة عقود المعاوضة كثيرة فى الحيــاة العمليــة ، فأغلب المعاملات معاوضات كالبيع والايجار والقرض بفائدة والمقاولة وغيرها • أما عقد التبرع فهو العقد الذى يلتزم به أحد طرفيه ، ولا يتلقى مقابلا لالتزامه من الطرف الآخر ، كالهبة التى ينقل بها الواهب الى الموهوب له حقا من الحقوق دون مقابل ، وكالاتفاق الذى يلتزم به شخص أن يؤدى عملا أو خدمة لمصلحة الغير ، بغير عوض ، أى تبرعا •

ويلاحظ أن وصف التبرع يعتبر وصفا لتصرف كل متعاقد من أطراف العقد ، وليس وصفا للعقد بالنسبة لطرفيه ، فالهبــة بالنسبة للواهب من أعمال التبرع ، والموهوب له متبرع له ، ولكن تصرفه ليس تبرعا فهو يتلقى التبرع ، ويحصل من العقد على فائدة محض ، ولذا لا يمكن القول بأنه متبرع • أما وصف المعاوضة ، ان تحقق فى عقــد ،

(١) انظر فى الاتجاهات المختلفة بالنسبة للتوسع فى معنى العقــد التبادلى أو للتضييق فى هذا المعنى ، مارتى ورينو ، فقرة ٦٣ .

فهو يعد وصفا لتصرفات كل طرف فيه(١) .

وليس هناك تطابق بين تقسيم العقود الى ملزمة للجانبين وملزمة لجانب واحد ، وبين تقسيمها الى عقود معاوضة وعقود تبرع . صحيح أن كل عقد معاوضة يكون فى نفس الوقت عقــدا ملزما للجانبين(٢) ، ولكن بعض العقود الملزمة للجانبين قد تكون عقود تبرع ، كعقد الهبــة الذى تشترط فيه واجبات على الموهوب له ، كما لو وهب شخص ثرى الى مؤلف أو فنان قصرا من قصوره واشترط عليه أن يهدى اليه بعض أعماله الفنية أو أن يشيد بفضله فى مؤلفاته . فقصد الواهب الى الهبة والتبرع واضح ، والعبء ، الذى يلتزم به الفنان أو المؤلف ليس مقابلا مساويا للحق الموهوب له، أىليس عوضا له ولكنهالتزام على عاتقه يجعل الهبة عقدا ملزما للجانبين دونأن تتغير طبيعتها من هبةالى عقد معاوضة، وكذلك الهبة التى تشترط فيها مصلحة ثانوية لشخص ، كمن يهب لآخر منزلا ويشترط عليه أن يسكن خادما مسنا للواهب فى غرفة بالحديقــة

---

(١) ويقول السنهورى أن العقد الواحد قد يكون معاوضة بالنسـبة لأحد المتعاقدين وتبرعا بالنسبة للمتعاقد الاخر ، ذلك لأن المعاوضة لا يشترط فيها أن يكون المعاوض قد أعطى المقابل للمتعاقد الاخر كما أن عقد التبرع لا يشترط فيه أن يكون المتبرع قد تبرع للمتعاقد الاخر . ويرى لذلك أن عقد الكفالة معاوضـــة بالنسبة للدائن المكفول لانه اخذ كفالة فى مقابل اعطاء الدين ، وهو بالنسبة للكفيل يكون تبرعا اذا لم يأخذ أجرا عن كفالته اذ يكون قد اعطى دون أن يأخذ — الوســيط ، فقرة ٨٥ . ولذلك يمكن القول بان وصف التبرع او المعارضة خاص بتصرف كل متعاقد ، وأنه يختلف من طرف الى آخر فى العقد ، مما يقتضى تطبيق أحكام التبرعات على الطــرف الذى يعتبر العقد بالنسبة له تبرعا ، واحكام المعاوضات على الطرف الذى يعتبر العقد بالنسبة له معاوضة اذا اختلفت طبيعة تصرف كل منهما . وفى هذا الحكم يتحقق مظهر من مظاهر ذاتية التصرفات القانونية التى تشــارك فى ابرام العقد وعدم انصهارها فى كل قانونى جديد هو العقد .

(٢) ويذهب البعض مع ذلك الى وجود معاوضات تتم بعقود ملزمــة لجانب واحد ، ويضرب لها مثلا التعهد بالوفاء بالتزام طبيعى ، اسماعيل غانم ، فقرة ٣٨ ، او الكفالة اذا اخذ الكفيل اجرا من المدين ، السنهورى ، المرجع السابق ، فقرة ٥٩ . وهو رأى محل نظر .

أو بالسطح ، فالعقد يظل هنا هبة ، أى من عقود التبرع وان كان ملزما للجانبين • ومن العقود الملزمة للجانبين التى تعتبر من التبرعات ، عارية الاستعمال ، فمن يعير شيئا لآخر لاستعماله لا يتقاضى لذلك مقابلا ، ولكنه يلتزم بعدم طلب رده قبل المدة المحددة للعارية ، ويلتزم المستعير بحفظ الشيء ورده عند انتهاء هـذه المدة ، أى هناك التزامـات على الجانبين ، والعقد مع ذلك تبرع(١) •

وهناك أهمية قانونية للتفرقة بين عقود المعاوضة وعقود التبرع :

(أ) ففى عقود التبرع يكون شخص المتعاقد (المتبرع له) محل اعتبار فى ابرام العقد ، على خلاف الحال فى أغلب عقود المعاوضة ، فمن يهب مالا من أمواله ، أو يؤدى خدمة مجانية ، يفعل ذلك لشخص معين بذاته أو على الاقل بصـفاته ، فاذا وقـع فى غلط فى الشخص أو فى الصفات التى دفعته الى الهبة لا يمكن امضـاء الهبة مع وقوع هـذا الغلط ، لان هذا يتنافى مع قصد الواهب الى تمييز شخص معـين أو مكافأة شخص ذى صفات خاصة ، أما من يبيع أو يشترى أو يستأجر ، أو يؤجر فلا يهمه فى معظم الاحيـان ، شخص المتعامل معـه ، ولذا يستبعد الطعن فى العقد بسبب الغلط فى الشخص فى أغلب المعاوضات•

---

(١) ويميز الفقه فى عقود التبرع بين الهبات وعقود التفضل ، على اساس أن الهبات هى عقـود تبرع يخرج بها الواهب حقا من ذمته دون مقابل ، اما عقود التفضل فالمتبرع به فيها خدمة يؤديها المتفضل مجـانا لشخص آخر ، كان يعيره شيئا يستعمله زمنا ثم يرده ، او يقوم بلا اجر بالوكالة عنه فى معاملة من المعاملات ، او يحفظ لديه شيئا من اشيائه دون ان يتقاضى عن ايداعها لديه اى اجر ، ويرى الفقه ان القانون ينظر الى الهبات على انها تصرفات اشد خطورة على الواهب من عقود التفضـل التى تبرع فيها بعمله ، ولذا يستلزم الشكل الرسمى فى الهبات لا فى عقود التفضل ، وانظر مـارتى ورينو فى خلاف الفقه حول معيار التفرقة بين الهبات وعقود التفضل (التى تسمى ايضا عقود الخدمة المجانية) ، فقرة ٦٦ .

(ب) مسئولية المتبرع عن التزاماته الناشئة عن العقد ، أخف من مسئولية المعاوض ، فالبائع مثلا ، وبسبب أنه يحصل على مقابل للمبيع (هو الثمن) من المشترى ، يضمن لهذا المشترى أن يكون المبيع خاليا من أى عيب خفى (ضمان العيب) ، كما يضمن له ألا ينتزع هذا المبيع من تحت يده لاى سبب يعزى الى البائع (ضمان التعرض والاستحقاق) • أما الواهب ، وهو متبرع فلا ينشأ على عاتقه مثل هذا الضمان للموهوب له ، وهو قد تلقى منه المال الموهوب بلا مقابل • كذلك لا يسأل المودع لديه المتبرع ، عن حفظ الشىء المودع ، بنفس الشدة التى يسأل بها ان كانت الوديعة بأجر ، أو المستأجر عن واجبه فى المحافظة على العين المستأجرة (المادتان ٥٨٣ فى الايجار و ٧٢٠ فى الوديعة) •

(جـ) ينظر القانون بعين الشك الى التبرعات خصوصا اذا كان المتبرع مدينا ، فاذا وهب المدين بعض أمواله ولم يكن ما تبقى منها لديه كافيا للوفاء بحقوق دائنيه ، يخول القانون الدائنين أن يعتبروا ما وهبه المدين من أمواله ما زال باقيا فى ذمته لم يخرج منها ، حتى يستوفوا حقوقهم منها أو من ثمنها ، وهم يطعنون فى هذه الهبة بدعوى تسمى دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين وتشتهر فى الفقه باسم ينسب الى القانون الرومانى هو اسم الدعوى البولصية • ونجاح الدائن فى الطعن فى تبرعات مدينه بهذه الدعوى لا تلزم له الشروط التى تلزم لكى يستطيع أن يطعن بها فى تصرفات مدينه معاوضة ، فلا يلزم الدائن باثبات قصد الغش لدى المدين اذا كان يتصرف تبرعا ، كما لا يلزم باثبات تواطؤ الموهوب له مع المدين على الاضرار بحقوق الدائن ، لينجح فى طعنه بالدعوى البولصية ، فى حين أنه يلزم باثبات الغش والتواطؤ اذا كان تصرف المدين معاوضة (١) ، كما لو باع بعض أمواله أو قدمها كحصة فى رأسمال شركة (انظر المادة ٢٣٧ مدنى) •

---

(١) وتيسير طعن الدائن فى تبرعات مدينة يقوم على أن الدائن يهدف بالطعن الى دفع الضرر الذى يحل به من تصرف المدين ، أما الموهوب له ، فتصرف المدين يجلب له منفعة ، ودفع الضرر مقدم على جلب المنفعة .

(د) يقيد القانون سلطة الاولياء فى التبرع ، ولو كان يجعل لهم سلطة واســعة فى التصرف معاوضة ، عن المولى عليهم ، فلا يجعل للاب أو الجد الصحيح الولى على مال ابنه أو حفيده ، أن يتبرع من مـال القاصر ، الا فى الحدود التى يسمح فيها بذلك للوصى أو القيم على المحجور عليه[1] ، رغم اتساع سلطة الولى عن سلطة كل من الوصى أو القيم فى التصرفات الاخرى •

٥ ــ العقود الفورية والعقود الزمنية (عقود المدة) :

هذا التقسيم للعقود ، يقوم على الصورة التى تنفذ بها الالتزامات الناشئة عن العقد ، فالعقد الفورى هو ذلك الذى يمـكن أن تنفـذ الالتزامات المترتبة عليه فى الحال ، أى فورا ، دون أن تحتاج بطبيعتها أو وفقا للغاية منها ، الى مضى زمن معين يوزع عليه التنفيذ ، فالبيع والمقايضة عقدان فوريان ، فنقل ملكية المبيع والحق المقـايض عليه ، أو الوفاء بالثمن ، يمكن أن تنفذ فى الحال ومرة واحــدة ولا تحتاج بالضرورة الى زمن لتنفيذها ، ويظل عقد البيع عقدا فوريا ولو قسم أداء الثمن على فترات زمنية ، أى ولو كان بيعا بالتقسيط لان الزمن فى هذه الحال لا يعتبر عاملا فى تحديد كم الالتزام أو قياس مقــداره ولا يؤثر طوله أو قصره على هذا المقدار • فالزمن فى مثل هذا العقد وسيلة لتنظيم الوفاء بالثمن لا أكثر ، ولهذا فهو عنصر عرضى فى عقد البيع وليس عنصرا جوهريا فيه ، ما دام لا يؤثر على كم الالتــزام ومقــداره •

ويكون الزمن عنصرا جوهريا فى العقد اذا كان مروره يؤثر على مقدار ما يحصل عليه المتعاقد من منفعة العقد ، كما هى الحال فى عقد

---

(١) والتبرع من مال القاصر أو المحجور عليه لا يكون الا باذن المحكمة ولاداء واجب انسانى او عائلى ، انظر مؤلفنا ، دروس فى اصول القانون ، سنة ١٩٨٤ فقرة ١٢٣ .

الايجار حيث يعنى مرور المدة فيه زيادة منفعة المستأجر بالعين المؤجرة، وزيادة الاجرة المستحقة للمؤجر ، أى أن مرور الزمن يحدد كم الالتزامات المترتبة على العقد ، وكذلك الحال فى عقد العمل ، فمضى الزمن بالنسبة له يعنى زيادة انتفاع صاحب العمل بجهد العامل من ناحية ، وزيادة الاجر المستحق للعامل من ناحية أخرى . فالزمن فى مثل هذه العقود أداة لقياس كم الاداءات أو الالتزامات ، ولذا تسمى عقودا زمنية أو عقود مدة .

وفى الامثلة السابقة يعتبر الزمن عنصرا جوهريا بسبب طبيعة الالتزامات الناشئة به ، فالمنفعة بالعين المؤجرة والاستفادة من جهد العامل تنطوى بالضرورة على عنصر الزمن . ومن الممكن أن يعتبر الزمن عنصرا جوهريا ، كذلك ، نتيجة للصورة التى ينظم بها الوفاء بالالتزام ، بالاتفاق بين أطراف العقد ، ولو أن طبيعة الاداءات المتفق عليها لا تجعل الزمن عنصرا ضروريا فيها ، كما هى الحال فى الاتفاق على توريد مواد غذائية لازمة لنزلاء مستشفى أو طلبة مدرسة خلال مدة محددة ، فغاية العقد فى هذه الحال هى اشباع حاجة متكررة على الزمن ، ولذا لا يتصور الوفاء بكل مقدار الالتزام عن كل المدة مرة واحدة ، بل يجب الوفاء دوريا بالقسم المتفق عليه منه يوميا أو أسبوعيا أو شهريا . ومثل هذا الاتفاق يكون عقدا زمنيا لان الزمن صار بالاتفاق عنصرا جوهريا فيه .

وللتفرقة بين العقود الفورية والعقود الزمنية أهمية من الناحية القانونية :

(أ) ففسخ العقد الفورى يقتضى ارجاع كل من أطرافه الى الحال السابقة على ابرام العقد ، ففى البيع مثلا ، اذا قصر البائع فى نقل ملكية المبيع أو فى تسليمه ، وفسخ العقد لهذا السبب ، كان عليه أن يرد الى المشترى ما قبضه من الثمن ، واذا كان التقصير من جانب المشترى فى الوفاء بالثمن ، كان عليه ، اذا ما فسخ البيع ، أن يرد

المبيع الذى تسلمه قبل دفع الثمن ، وأن يرد أيضا كل ما حصل عليه من فائدة من عقد البيع ، وبغير هذا لا يكون للفسخ معنى ، ولذا يقال أن للفسخ أثرا رجعيــا فى العقود الفورية ، أما فى العقود الزمنية أو الممتدة ، كالايجار والعمل ، اذا أخل أحد المتعاقدين بالتزاماته ، كأن استعمل المستأجر العين المؤجرة بصورة تعرضها للمخاطر ، أو قصر فى دفع الأجرة أو اذا أهمل المؤجر فى اجراء الترميمات الضرورية للمسكن المؤجر ، وكذا ان أهمل العامل فى عمله أو أخل صاحب العمل بالتزاماته ، واذا فسخ عقد الايجار أو عقد العمل نتيجة لذلك ، فان أحكام الفسخ فى اعفاء كل طرف من التزاماته المترتبة على قيام العقد ، تبدأ منذ حدوث الفسخ ، أى بغير أثر رجعى(١) .

(ب) يقضى القانــون بأنه اذا طرأت بعد ابرام العقد ، حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتــزام المرهق الى الحد المعقــول (المــادة ١٤٧ — ٢ مدنى) . وحق القاضى فى تخفيف الالتزام المرهق لا يتصور الا فى العقود الزمنية (أو الممتدة) أو على الاقل العقــود متراخية التنفيذ كالمقاولة ، أى لا يتصور تطبيق أثر الظروف الطارئة فى العقود الفورية ، التى لا يمتد تنفيذها فى الزمن(٢) .

---

(١) وعدم رجعية اثر الفسخ هو الصــورة المنطقية لآثار الفسخ على اساس انه حل ارتباط العقد ، واعفاء كل من اطرافه من التزاماتهم ، لسبب لاحق على ابرام العقد ، ومنذ تحقق هذا السبب ، مما يقتضى التســليم بقيام العقد منتجا لاثاره فى الفترة السابقة على تحقق سبب الفسخ .

(٢) ويلاحظ أن التأخير فى تنفيذ عقــد زمنى او وقف هذا التنفيــذ ، يترتب عليه نقص فى كم الاداءات المترتبة على هذا العقد ، لان الزمن عامل فى تحديد هذا الكم ، وذلك على خلاف الحال فى العقود الفورية التى يمكن تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها ، بعد التأخر او رغم الوقف ، كاملة .

٦ ــ العقد المحدد والعقد الاحتمالى :

يعرف العقد المحدد بأنه العقد الذى يمكن تحديد قيمة (أو مقدار) ما يلتزم به كل من طرفيه منذ ابرامه ، فالبيع عقد محدد لان البائع يلتزم بقيمة المبيع والمشترى يلتزم بالثمن ، وكل منهما يحــدد منذ ابرام العقد • وهناك عقود لا يستطاع هذا التحديد فيها ، ولذا توصف بأنها عقود احتمالية ، على أساس ما هنالك من احتمالات فى تحديد قيمة الالتزام (أو مقداره) • فعقد التأمين على الحياة لا تستطيع شركة التأمين أن تعرف منــذ ابرامه مقدار ما ستحصله من أقساط التأمين نظير مبلغ التأمين ، وبالتالى لا تستطيع أن تعرف مقدار خسارتها أو ربحها من المعاملة ، فقد يموت المؤمن عليه فى أى وقت • وفى التأمين على الحوادث لا تستطيع الشركة أن تعرف منذ ابرامه ما سيقع على عاتقها من التزامات بالتعويض عن الحوادث ، لان الضرر الذى ينتج عن الحوادث لا يعرف ولا يتعين مقداره الا بعد وقوعها •

والعقد المحدد بطبيعته يمكن أن يصبح احتماليا نتيجة للاتفاق ، فاذا باع شخص أرضه أو منزله لآخر ، نظير مرتب يدفعه له المشترى طول حياة البائع ، فان هذا العقد يكون عقدا احتماليا ، لان الاتفاق على المقابل (الثمن) بهذه الصورة ، يجعله غير قابل للتحديد منــذ البداية •

والفائدة من التفرقة بين العقود المحددة والعقود الاحتمالية ، تظهر على الخصوص فى تطبيق قواعد الغبن فى العقود ، ففى العقود المحددة حيث يمكن تحديد قيمة ما يلتزم به كل متعاقد منذ ابرام العقد ، يمكن الحكم على تعادل أو عدم تعــادل التزامات الطــرفين وبالتالى يمكن تقدير وجود غبن فى المعاملة أو عدم وجود أى غبن فيها ، على خلاف الحال فى العقود الاحتمالية التى لا يمكن فيها تقدير التزامات

الطرفين ، منذ البداية ، فيتعذر الحكم بوجود الغبن ، أو انتفائه(١) •

١٤ — ملاحظات على أقسام العقود :

بعد استعراض التقسيمات السابقة للعقود ، يمكننا أن نبدى الملاحظتين الآتيتين :

الاولى : أن العقود التى يبرمها الافراد لا تكون دائما عقودا بسيطة لا تتناول الا عملية قانونية واحدة ، بل تكون فى بعض الاحيان مركبة تنطوى على عمليات قانونية متعددة ، فقد يبرم الإفراد عقد بيع أو عقد ايجار ، وهو عندئذ عقد بسيط ينطوى على عملية قانونية واحدة ، ولكنهم قد يبرمون عقودا أخرى تنطوى على عمليات قانونية متعددة ولكنها مع ذلك معاملة أو صفقة واحـدة ، فالعقد الذى يبرم بين صاحب الفندق والنزيل عقد مركب بهذا المعنى ، فهو يتضمن ايجارا للغـرفة التى يشـغلها النزيل وبيعا للأطعمـة والمشروبات التى يسـتهلكها ، ووديعة بالنسبة لامتعة النزيل التى يحضرها الى الفندق ، كما يتضمن أيضا الاتفاق على تقديم الخدمات التى لا تدخل فيما سبق • وفى مثل هذا العقد المختلط أو المركب تطبق على كل عملية من العمليات القانونية

---

(١) فضلا عما تنطوى عليه العقود الاحتمالية من قدر من المخاطرة التى تعنى احتمال وقوع الغبن ، وهو ما لا يجعل وقوع الغبن فيها مطعنا على العقد ، وتسمى العقود الاحتمالية فى المصطلح الشرعى : عقود الغرر •

على ان بعض الفقه يذهب الى أن من الممكن تطبيق أحكام الغبن على العقود الاحتمالية ، لا على أساس عدم التعادل بين قيمة الالتزامات وانمـا على أسـاس عدم التعادل بين الاحتمالات ، فاذا اختل التعادل بين احتمـال الكسب واحتمال الخسـارة ، كان هناك غبن ، كما فى حال بيع عقـار كبير القيمة بمقابل ايراد مرتب مدى حياة شخص هرم مريض لا يتوقع أن يعيش الا فترة وجيزة ، اذ يظهر منذ البداية ان احتمالات خسارة البائع واضحة ، انظر اسماعيل غانم ، فقرة ٤١ .

على انه فى هذا المثل الاخير ، قد يكون قصد البائع من اقتضـاء المرتب المشترط لمدة يتوقع أن تكون قصيرة ، هو التبرع ، وعندئذ لا تقـوم فـكرة الغبن .

التى يتضمنها ، الاحكام الخاصة بها ، فتطبق أحكام الايجار بالنسبة للايجار وأحكام البيع بالنسبة للبيع وهكذا .

ويلاحظ أنه فى بعض العقود غير البسيطة ، قد لا يكون تركيب العقد ناتجا عن مجرد تجاور عدة عمليات قانونية فى معاملة واحـدة ، كما فى مثل تعاقد صاحب الفندق مع النزيل ، الذى أشرنا اليه ، بل قد يحاول أطرف العقد مزج أحكام عمليتين قانونيتين مختلفين فى اتفـاق واحد ، وقد ظهرت محاولة المزج هذه فى بعض عقـود بيع المنقولات بالتقسيط ، اذ يصور البائع العملية على أنها تأجير من جانبه للمنقول محل التعاقد الى الشخص الآخـر الذى يشتريه بالتقسـيط ، وتعتبر أقساط الثمن بمثابة أجرة للمنقول ، ولكن بمجرد انتهـاء الوفاء بكل الاقساط ينقلب العقد الى بيع ، ويعتبر ما تم الوفاء به من الاقسـاط ثمنا لا أجرة ، وتنتقل ملكية المنقول الى المشترى الذى اعتبر فى أول الامر مستأجرا . ففى مثل هذا العقد خلط بين أحكام كل من الايجـار والبيع ومزج بين العمليتين ، ولذا فمن اللازم أن يحدد الوصف القانونى لهذا العقد فى جملته ، هل هو بيع أم ايجار ، بالنظر الى أحكامه فى جملتها والهدف منه ، حتى تطبق عليه الاحكام القانونية التى ترتبط بهذا الوصف .

وقد كيف القضاء العقد فى المثال السابق فى ضوء الغرض الحقيقى منه ، بأنه بيع بالتقسيط ولو سـماه أطرافه عقد ايجـار ، وذلك على أساس أن وصفه بأنه عقد ايجار لا يقصد منه الا ترتيب بعض ضمانات للبائع ، تنشأ عن الايجار ولا تنشأ عن البيع ، كبقاء الملكية للبائع حتى تمام الوفاء بالاقساط ، واعتبار المستأجر أمينا على المنقول ، فان تصرف فيه اعتبر مرتكبا لجريمة خيانة الامانة (التبديد) . ولكن اعتبار القضاء العقد بيعا يؤدى الى عدم عقاب المشترى باعتباره مبددا ، ولو تصرف فى المنقول الذى اشتراه قبـل الوفاء بكل الثمن ، لانه مشـتر وليس مستأجرا (وقد اعتبره الشارع المصرى بيعا بنص المـادة ٤٣٠ من القانون المدنى) .

الثانيـة : لا يلزم كما سبقت الاشارة ، أن يكون العقد مسمى ليكون جائزا وصحيحا ، بل يجوز العقد ويصح ولو كان غير مسمى ؛ أي ولو كان القانون لا ينظمه بين العقود التي يتناولها التشريع • فكل اتفاق جائز وصحيح سواء أكان القانون قد نظمه أم لم ينظمه ، ما دام هذا الاتفاق لا يخالف النظام العام أو الآداب ، وذلك وفقا لمبدأ سلطان الارادة الذى أشرنا اليه من قبل ، ومن أمثلة العقود غير المسماة ، العقد بين صاحب الفندق والنزيل الذى أشرنا اليه ، ويسميه بعض الفقه عقد الفندقة(١) ، ومن أمثلتها أيضا الاتفاق بين مستشفى واحدى كليات الطب لتخصيص أسرة بالمستشفى لتدريب طلبة الكلية ، وكل العقود المختلطة بصفة عامة ، تعد عقودا غير مسماة •

ولا يكاد يوجد فرق بين العقد المسمى والعقد غير المسمى فى نظامه القانونى ؛ وان كانت العقود المسماة تحكمها منذ البداية النصوص الخاصة بها ، ولا تطبق عليها القواعد العامة الا اذا لم يكن هناك حكم خاص فى هذه النصوص ، فى حين أن العقود غير المسماة تحكم أساسا بالقواعد العامة للعقود التى تكون النظرية العامة للعقد(٢) •

---

(١) وتسمية الفقه لا تجعل العقد مسمى ؛ فهو لا يعتبر كذلك الا اذا كان الشارع يضع نصوصا لتنظيمه ، وهذه النصوص ستتضمن بطبيعة الحال اطلاق اسم عليه .

(٢) ويبدو لذلك أن تحديد الوصف القانونى للعقد ، اى تكييفه ، مسألة ضرورية لتحديد ما اذا كان العقد مسمى او غير مسمى ، لتعيين القواعد واجبة التطبيق عليه . والتكييف يتم على اساس تحرى المقاصد العملية لاطراف العقد ، ومطابقة هذه المقاصد على النظام القانونى للعقود المعروفة، ليحدد الوصف القانونى للاتفاق ، ولا اهمية للتسمية التى يطلقها اطراف العقد عليه اذا كانت معارضة لحقيقة هذا العقد .

الفصل الأول

ابــرام العقــد

١٥ ــ تمهيــــد :

الكلام عن ابرام العقد يقتضى بيان الشروط القانونية لقيــام العقد صحيحا فى نظر القانون ، صالحا لانتاج الآثار المقصودة به أى يقتضى بيان أركان العقد وشروطه •

والعقد يتم ، كما سبقت الاشــارة ، باتفــاق بين شخصين على الاقل ، يعبر كل منهما عن ارادته بقصد تحقيق آثار قانونية ، وقــد عرفناه لذلك بأنه ارتباط وتوافق بين الارادتين ، ومن هذا يتضح أن التراضى أو الارتباط بين الارادتين هو ركن العقد الاساسى ، بل هو ركنه الوحيد • وهذا التراضى يقتضى أولا أن يعبر كل طرف فى العقد عن ارادته وبالصورة التى يفرضها القانون ، ان كان يفرض لذلك صورة خاصة ، ومن ناحية أخرى فكل ارادة تشارك فى ابرام عقد ، يلزم لهــا أيضا (قبل قيامها بدورها فى العقد) ، توافر شروط معينة يستلزمهــا القانون لتكون تصرفا صحيحا ، وصالحا لابرام العقد ، فيجب أن تكون هذه الارادة صادرة من شخص كامل الادراك وقادر ، فى نظر القانون ، على ابرام التصرفات القانونية ، أى يجب أن تصدر الارادة من شخص كامل الاهلية بالنسبة للتصرف الذى يقدم عليه ، كما يجب أن تكون هذه الارادة غير مشوبة بعيب من العيوب التى جعلها القانون مزيلة لقدرة الارادة على احداث الآثار القانونيــة ، ويجب أيضا أن تكون الارادة ذات موضوع محدد ، أى محل معين وجائز ، وأن تكون الغاية التى تهدف اليها غير مخالفة للقانون ، أى أن تكون غاية الارادة غاية مشروعة ، أو كما يعبر الفقــه ، يجب أن يكون الباعث الى الالتــزام بالارادة سببا مشروعا •

وعلى ذلك فان ابرام العقد يستلزم أمرين :

الاول : أن تكون كل من الارادات الداخلة فى تكوين العقد مستكملة لشروط وجودها وصحتها كتصرف قانونى ، فيتم التعبير عنها ، وبالصورة التى حددها القانون ان كان قد حدد لذلك شكلا خاصا ، وأن تكون سليمة لا يشوبها عيب من العيوب ، كما يجب أن تكون ارادة مطابقة للقانون من حيث ما تنصب عليه من موضوع وما تهدف اليه من غاية •

الثانى : أن يتم التقاء ارادتى أو ارادات أطراف العقد ، أى أن يتم التراضى بين هؤلاء الاطراف ، بأن تكون ارادات متوافقة ، وأن يتم الارتباط بين هذه الارادات وقت قيام كل ارادة ملزمة لصاحبها •

ويلاحظ أن الفقه التقليدى يدمج أركان العقد ، أو بالاصح ركنه الوحيد ، وهو التراضى، مع شروط الارادة التى ينعقد بها العقد، ويجعل العقد أركانا ثلاثة ، هى :

١ ـ التراضى (وتدخل فيه شروط سلامة الارادة) •

٢ ـ المحل •

٣ ـ السبب •

بالاضافة الى الشكل ، فى العقود التى يلزم فيها •

ولكن الفقه الحديث يذهب الى أن ركن العقد الوحيد هو التراضى، أما المحل والسبب فيجعلهما ركنين للالتزام الذى ينشأ عن العقد ، ومع ذلك فان هذا الفقه يبقى الكلام عن أحكام المحل والسبب فى دراسة أركان العقد ، ولا ينقل الكلام عنهما الى دراسة الالتزام فى ذاته • ورأى هذا الفقه الحديث فى جعل المحل والسبب ركنين للالتزام، رأى لا يمكن قبوله لأن الشروط والأركان تستلزم فى الواقعة التى

تنشيء الالتزام ، أى فى مصدر الالتزام ، ولا يتصور منطقيا أن تكون شروطا فى النتيجة التى يرتبهـا القانون على هذه الواقعـة ، أى فى الالتزام نفسه ، ولذا لابد من اعتبارهما ركنين فى مصدر الالتزام فى حالة العقد ، أى فى التصرف القانونى(١) .

ونحن نتبع فى دراستنا لابرام العقد ، الترتيب المنطقى الذى يبنى على الفصل بين شروط الارادة التى تشارك فى ابرام العقد ، أى شروط التصرف القانونى ، وبين شروط العقد نفسه ، أى التراضى . فنبـدأ بعرض شروط الارادة ، ثم نتكلم بعد ذلك عن قواعد التراضى وصوره، أى أننا نتكلم أولا عن القواعد التى تحكم كل ارادة على حدتها ، ثم عن القواعد التى تنظم الربط بين الارادات فى العقد (أى التراضى) ، وذلك فى المبحثين اللذين ينقسم اليهما هذا الفصل .

المبحث الاول

شروط الارادة فى العقد ــ جزاء هذه الشروط

١٦ ــ تمهيـــــد :

العقد كما عرفناه ، هو توافق أو ارتباط بين ارادتين أو أكثر ، وهذا يعنى أن التوافق أو الارتباط (التراضى) هو جوهر العقد وركنه الاوحد ، ولكن حتى يتم هذا الارتباط بين الارادات ، وينشأ العقد ، لابد من أن تكون كل ارادة متوافرة على الشروط التى تجعلها صحيحة فى نظر القانون ، وصالحة بالتالى للمشاركة فى تكوين الرابطة العقدية .

---

(١) انظر فى بيان مسلك الفقه فى تحديد أركان العقد ، وبصفة خاصة موقفه بالنسبة لكل من المحل والسبب ، وكذا رأينـا فى اعتبارهما ركنين للتصرف القانونى ، مقالنا عن : طبيعة المحل والسبب فى التصرف القانونى، مجلة القانون والاقتصاد ، العدد الثانى ، السنة ٢٤ ص ٢٩٣ وما بعدها .

وصحة الارادة ، وبالتالى صلاحيتها للمشاركة فى تكوين رابطة عقدية ، توقف على تحقيق الشروط الآتية :

١ — أن يتم التعبير عن ارادة المقبل على التعاقد ، بأى من الصور التى يكون بها التعبير عن الارادة ، مع مراعاة ما قد يفرضه القانون من شكل خاص للتعبير ، وسواء أكان هذا التعبير هو تعبير المتعاقد نفسه أو تعبير شخص آخر يحق له قانونا ، أن ينوب عن المتعاقد فى التعبير عن ارادته •

٢ — أن تكون الارادة سليمة ، وهى تكون كذلك اذا كانت ارادة شخص يجعله القانون أهلا لابرام العقد المقصود ، واذا كانت ارادة غير مشوبة بعيب من العيوب التى جعلها القانون مفسدة للارادة ومبطلة لها •

٣ — أن تكون الارادة غير مخالفة ، بما تنصب عليه من موضوع وما تهدف اليه من غاية ، لقواعد القانون الآمرة ، أى أن يكون محلها وسببها غير مخالفين للقانون ، أى مشروعين •

واذا تخلف أى من الشروط اللازمة فى الارادة ، فانها لا تكون صالحة للمشاركة فى اقامة الرابطة العقدية ، لانها تكون ارادة باطلة ، وغير موجودة فى نظر القانون ، لا تصلح لان تترتب عليها الآثار المقصودة بها ، فالبطلان هو الجزاء الذى يترتب على مخالفة شروط الارادة التى تتجه الى احداث الآثار القانونية (التصرف القانونى) •

ودراستنا لشروط الاردة فى العقد ، فى هذا المبحث ، تنقسم لذلك الى فرعين ، تتناول فى الاول منهما بيان هذه الشروط ، وفى الفرع الثانى نتكلم عن الجزاء الذى يترتب على تخلف أى منها •

الفرع الاول

شـــــروط الارادة

١٧ ــ تعداد هذه الشروط :

من بياننا لشروط الارادة التى ينعقد بها العقد فيما سبق ، يتبين أنه يلزم فيها ما يأتى :

١ ــ أن يتم التعبير عن هذه الارادة ، وفى الصورة التى يوجبها القـــانون .

٢ ــ أن تكون ارادة سليمة ، أى مبرأة من العيوب

٣ ــ أن تكون غير معارضة لقواعد القانون ، أى أن تكون ، فيما تنصب عليه من محل ، وما تهدف اليه من غاية (سبب) ارادة مشروعة .

ونتناول ، فيما يلى ، ببعض التفصيل : كلا من هذه الشروط .

١ ــ التعبير عن الارادة

١٨ ــ ضرورة التعبير :

التعبير عن الارادة هو اظهار ما تتجـه اليه نية صاحب هـذه الارادة ، فى موقف خارجى يحمل هذه الارادة الى علم الآخرين . أى هو اخراج النية من عالم المشاعر والافكار الى نطاق الظواهر ، حيث تدرك بالحواس ، وهو النطاق الذى يعمل فيه القانون(١) وبغير حدوث هذا التعبير لا يتحقق للتصرف القانونى أى وجود مادى أو قانونى . والتعبير عن الارادة يفترض وجود ارادة تتجه الى هذا التعبير وتقصد الى مضمونه ، أى يفترض قصد الالتزام بمضمون هذا التعبير وتحقيق الآثار القانونية التى يشير اليها أو يقتضيها ، وهذا يقتضى أن يكون

---

(١) أنظر مؤلفنا أصول القانون ، فقرة ٧ .

التعبير عن ارادة باتة فى القصد الى الالتزام ، ولا تعتبر الارادة باتة اذا كان صاحبها يقرن تعبيره عنها بما يدل على أنه لا يلتزم الا أن عبر عن ذلك مرة أخرى فيما بعد ، كأن يقول أبيع أرضى بثمن هو كذا عندما أريد(١) • كما يقتضى أن تكون غاية الارادة فى نطاق القانون ، أى أن تهدف الى اقامة ارتباط قانونى ، فلا تنصب على ما يدخل فى نطاق المجاملات كالدعوة الى وليمة أو احتفال عائلى أو ترتيب نزهة جماعية •

والارادة ، ولو عبر عنها ، لا تكون تعبيرا باتا عن الالتزام بمضمونها ، اذا كان صاحبها لا يقصد بها هذا الالتزام ، كأن يكون فى تعبيره هازلا لا جادا ، وفقا لما تكشف عنه ظروف التعبير من دواعى الهزل ، وكأن يكون القصد من التعبير هو مجرد الايهام ، لغرض ما ، بأنه يلتزم بارادته ، وهو فى الحقيقة لا يقصد فعلا الى هذا الالتزام ، فيكون تعبيره فى هذه الحال مجرد مظهر وصورة مصطنعة لا حقيقة وراءها ، أى يعتبر صوريا • ومتى ثبت هزل المعبر عن ارادته ، أو صورية تعبيره عن هذه الارادة ، فان هذا يعنى عدم وجود تعبير عن ارادة جادة وباتة ، تتجه الى احداث أثر قانونى ، وبالتالى ينتفى كل وجود ، ولو ماديا ، للارادة ، كتصرف قانونى •

والقانون لا يستلزم وقوع التعبير عن الارادة فى صورة بعينها ، بل يجعل حرية التعبير عن الارادة هى الاصل أو القاعدة العامة ، وهذا

---

(١) وتكون الارادة فى هذه الحال مقترنة بشرط يسمى فى الفقه شرط المشيئة او الشرط الارادى المحض ، اى ان المعبر عن ارادته يعلق التزامه بها قانونا على محض رغبته فى ذلك فيما بعد . وسنعرف فى الكلام عن التراضى ان من الممكن ان تقترن الارادة بشروط لا تكون ارادية محضا ، اى من الممكن تعليق الالتزام نهائيا بالارادة على تحقق واقعة لاحقة للتعبير عن الارادة بشرط الا تكون محض ارادة المعبر عن الارادة ، وتكون الارادة التى يعلق التزام صاحبها نهائيا على مثل هذا الشرط صالحة لتكوين الرابطة العقدية .

يعنى أن القانون ان لم يحدد صورة خاصة للتعبير عن الارادة فى حال معينة ، فان لصاحب الارادة أن يختار الصورة التى يريد ، فى التعبير عن ارادته •

١٩ — وسائل التعبير عن الارادة ، وصوره :

والتعبير عن الارادة يكون باللفظ أو بالكتابة وبالاشارة المتداولة عرفا ، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود ، ويجوز أن يكون التعبير عن الارادة صريحا كما يجوز أن يكون هذا التعبير ضمنيا ، هذا ما لم يكن التعبير الصريح واجبا بحكم خاص فى القانون أو بمقتضى الاتفاق بين الافراد (وهذا هو ما تقضى به المادة ٩٠ من القانون المدنى) •

والتعبير الصريح :

يكون بالكشف عن الارادة بالطريقة المباشرة والصورة المألوفة بين الناس ، أى بالاسلوب المتعارف عليه ، ولا يلزم أن يكون التعبير الصريح ألفاظا أو كتابة ، بل يمكن أن يتم بغيرهما ، فالتعبير الصريح قد يكون باللفظ أى بالكلام الذى يفصح به المتكلم عن قصده فيقول أبيع أو أشترى أو أستأجر أو أقترض ، وقد يكون الكلام فى مواجهة الغير أو بالتليفون أو بوساطة رسول • كما يكون التعبير الصريح بالكتابة أو بالاشارة كهز الرأس عموديا بالموافقة أو أفقيا بالرفض ، ويكون التعبير الصريح كذلك باتخاذ موقف يقطع فى الدلالة على المقصود ، كعرض بضائع فى واجهة محل تجارى مع بيان ثمنها ، فهو تعبير عن عرض بيعها بالسعر المبين عليها ، وكذلك اقامة آلة أوتوماتيكية لبيع الحلوى أو السجائر ، أو وقوف سيارات الاجرة فى الموقف المخصص لهذه السيارات ، فهو عرض صريح لتأجيرها •

امـــا التعبير الضمنى :

فهو الكشف عن الارادة بطريقة غير مباشرة ، أى بطريقة ليست هى الصورة المألوفة لاظهار الارادة فى المعنى المقصـــود ، ولكن هذا المعنى يستفاد منها مع ذلك ، فمن تعرض عليه سلعة لشرائها ، فلا يرد صراحة بقبول الشراء ، ولكنه يبيع هذه السلعة أو يعرضها للبيع على شخص آخر ، انما يدل بعمله هذا على أنه قبل الشراء ضمنا ، لان بيعه لهـــا ، لا يفهم الا على هذا الاساس ، وكذلك العامل الذى يعرض عليه العمل بشروط معينة ، فيبدأ فى القيام بالعمل المعروض ، دون أن يرد بالقبول ، هذا البدء من جانبه يتضمن قبول الاتفاق على العمل المعروض عليه[1] • ومن المسلم أن التعبير الضمنى له نفس القيمة القانونيـــة للتعبير الصريح •

ولكن التعبير الضمنى عن الارادة لا يكفى اذا كان القانون يتطلب شكلا خاصا فى التعبير عن الارادة ، اذ يجب أن يتم هذا التعبـــير فى الشكل الخاص الذى يفرضه القانون ، ويلزم التعبير صريحا فى هـــذه الحال[2] • كما أن التعبير الضمنى لا يتصور فى تعبير يصدر أولا من أحد المتعاملين ، أى لا يكون التعبير ضمنيا فى الايجاب بالعقد ، وانما يمكن أن يكون كذلك فى التعبير عن قبول هذا الايجاب •

---

(١) وتسلم المؤجر لقيمة الاجرة من المستاجر بعد انتهاء مدة عقـــد الايجار ، يعنى قبوله تجديد الايجار له ، وقيام الوكيل بابرام العقد الموكل فيه ولو لم يعلن قبوله ، يتضمن قبول الوكالة ، وهكذا .

(٢) مثال ذلك ما تنص عليه المـــادة ٥٩٧ مدنى من انه يلزم لاعفـــاء المستاجر الاصلى من ضمان وفاء الاجرة ممن ينزل اليه عن الايجار ، لمصلحة المؤجر ، ان يصدر من المؤجر قبول صريح لنزول المستاجر عن الايجـــار ، وكذلك نص المـــادة ٢/٨٤٤ على ضرورة وجود « اتفاق صريح » على الاعفاء من الضمان فى القسمة ، بين المتقاسمين ، لتحقق هذا الاعفاء .

ويجوز للافراد الاتفاق على لزوم التعبير الصريح . فى التعبير عن قصد معين يتعلق بعلاقاتهم ، وعدم الاكتفاء بأى تعبير ضمنى . فقد يشترط المؤجر على المستأجر أن يعلنه كتابة وصراحة برغبته فى انهاء عقد الايجار أو فى امتداده ، وعندئذ لا يغنى عن ذلك أى عمل آخر يدل على هذه الرغبة ، بل لابد من الاخطار بها كتابة وصراحة .

السكوت والتعبير عن الارادة :

قد يعتبر السكوت فى بعض الاحوال تعبيرا ضمنيا عن قبول اتفاق معين وذلك رغم أن الاصل أنه لا ينسب لساكت قول ، أى أن الاصل أن الساكت لا ينسب اليه القبول أو الرفض ، والاحوال التى يمكن اعتبار السكوت فيها قبولا هى تلك التى يقضى القانون فيها بأن له هذه الدلالة ، بناء على حكم نص أو قاعدة عرفية أو اتفاق بين المتعاملين ، أو نظرا لما يحيط بالسكوت من ملابسات تقتضى استخلاص هذا القبول منه ، وفقا لما تقضى به المادة ٩٨ من القانون المدنى . ونعود الى هذه الاحكام بالتفصيل فى الكلام عن القبول كعنصر فى التراضى (التقاء الارادتين) (١)

٢٠ — دور كل من الارادة والتعبير عنها :

قد لا يكون التعبير عن الارادة ، فى بعض الاحوال ، مظهرا صادقا للارادة الحقيقية ، أى قد لا يكون هذا التعبير الذى يمكن أن يسمى « الارادة المعلنة » ، مطابقا لحقيقة قصد المعبر ، الذى يسمى « الارادة الباطنة » ، وقد يكون الخلاف بين الارادة والتعبير عنها جوهريا ، كما لو وقع غلط فى كتابة ثمن سلعة من السلع فى رسالة أو فى بطاقة الثمن الموضوعة عليها (فذكر الثمن على أنه ١٠ جنيهات بدلا من ١٠٠) .

---

(١) على اعتبار ان السكوت لا يعد تعبيرا عن الارادة بصفة عامة ، اذ لا يتصور ان يكون تعبيرا من الايجاب ، وان جاز ان يؤخذ منه تعبير من القبول .

أو ذكر فى عقد بيع عقار ، رقم عقار آخر فى نفس الشارع ومملوك للبائع ، غير العقار المبيع ، أو اذا طلب أحد المسافرين شراء بطاقة واحدة سهوا وهو يريد شراء بطاقتين ، أو اذا سها صاحب المصنع عن اشتراط أجل لتسليم السلع التى طلب شراءها أحد العملاء ، حتى يتم صنعها ، وتم التعبير عن الارادة فى الامثلة السابقة أو فى غيرها بالصورة غير المطابقة لحقيقة قصد المعبر ، واعتمد الغير على هذا التعبير فى اتمام معاملة من المعاملات ، هل يلتزم الشخص بتعبيره هذا ، أم يؤخذ بحقيقة قصده وتعدل شروط المعاملة مع الغير على أساس هذا القصد المخالف للتعبير ؟

عندما يعرض الفقه للاجابة على هذا التساؤل ، يشير الى أن الحل الذى يؤخذ به يتوقف على الاخذ باحدى نظريتين ، تتناولان تحديد العلاقة بين الارادة والتعبير عنها ، هما نظرية الارادة الباطنة ونظرية الارادة الظاهرة (أو المعلنة) •

وتذهب نظرية الارادة الباطنة ، فيما يقول الفقه ، الى أن التزام الشخص بارادته يقوم على مبدأ سلطان الارادة[1] ، ومن اللازم لذلك أن يقوم هذا الالتزام على الارادة الحقيقية ، فيكون الاعتداد بهذه الارادة ، ولا ينظر الى التعبير عنها الا باعتباره مظهرا لها ، فلا تكون له قيمة فى ذاته ، وانما تكون قيمته بقدر صدقه فى الافصاح عن حقيقة الارادة ، ويكون لذى المصلحة أن يثبت الخلاف بين التعبير والارادة للتمسك بهذه الارادة • وينسب الفقه الى قانون نابليون (القانون الفرنسى) والقوانين التى أخذت عنه ، كالقانون المدنى المصرى القديم، أنها تتبع هذه النظرية •

---

(١) وسواء اكان معنى ذلك هو ان للارادة قوة ذاتية فى احداث الالتزام ، أو ان القانون يرتب الالتزام على الارادة ، على اساس ضرورة احترام العهد المقطوع ، انظر اسماعيل غانم ، فقرة ٥٢ .

اما نظرية الارادة الظـاهرة فتقوم على أن الالتزام بالارادة لا يؤسس على قوة الارادة أو سلطانهـا ، وانما يترتب على حـكم القانون ،الذي يقرر هذا الالتزام اسـتنادا الى المظهر الاجتمـاعى للارادة ، وهو التعبـير عنها ، ممـا يعنى أن التعبـير ، دون الارادة الحقيقية (أو الباطنة) ،هو مناط ترتيب الآثار القانونية التى تنسب الى الارادة • وعلى ذلك لا تجيز هذه النظرية اثبات اختلاف التعبير عن الارادة مع حقيقتها ، أو لا تجعل هـذه الاثبات مجـديا فى تغيير ما اشتمل عليه التعبير ، على أساس أن ثقة الآخرين فى صحة التعبير عن الارادة ، توجب امساك هـذا التعبير على صـورته المعلنة ، رغم مخالفته للارادة الحقيقية ، تحقيقا لاستقرار المعاملات • وينسب الفقه الى القانون الالمـانى الاخذ بنظرية الارادة الظاهرة •

ولكننا نلاحظ أن الاخذ بأى من النظريتين ، على اطلاقها ، غـير متصور فى أى نظام قانونى حديث •

فالاخذ بنظرية الارادة الباطنة ، فيمـا تنادى به من الاعتـداد بالارادة الحقيقية بصرف النظر عن التعبير عنها ، يصطدم مع اعتبار هام ، هو أن التعبير عن الارادة هو الصورة الاجتماعية للارادة ، وهو الذى يجعلها ظاهرة تدخل فى نطاق القانون ، فالقانون لا يعرف الارادة الا من خلال التعبير عنها ، وترتيب الاحكام القانونية يجب أن يتم ، أساسا ، بالنظر الى هذا التعبير ، ويكون ذلك ، على الاقل ، بافتراض صدق التعبير عن الارادة ومطابقته لحقيقتها حتى يثبت عكس ذلك ، على أن يكون اثبات عدم المطابقة بالوسائل القانونية ومن خلال الانظمة القانونية التى يرتبها القانون لاثبات هذه المخالفة ، أى من خلال تنظيم القانون للطعن فى الارادة بسبب عيوب الرضاء ، أو الطعن بالصورية أو غير ذلك ، ومع مراعاة القواعد المنظمة للاثبات أمام القضاء •

والاخذ بما يسمى الارادة الظاهرة ، على اطلاقها ، غير متصور كذلك لان اعتدادها بالتعبير بهذه الصورة يرجعنا الى شكلية تشـبه

شكلية القوانين القديمة ما دام التعبير عن الارادة يعد ترجمة صادقة للارادة لا وجه لاثبات خلافه مع حقيقتها فى أى حال ، اذ يؤدى ذلك الى الوقوف الجامد عند هذا التعبير ، الذى هو مظهر الارادة ، لتحرى أى قصد لصاحب التعبير ، كما يوجب تقدير موافقة الارادة للقانون أو مخالفتها له فى عناصر التعبير نفسه دون اعتداد بقصد المعبر ، فضلا عن استبعاد كل طعن بسبب عيب الرضاء أو الصورية أو غيرها . والقانون الالمانى ، الذى ينسب اليه الاخذ بمذهب التعبير عن الارادة ، لا يأخذ بهذه الاحكام ، فهو يسمح بالطعن فى التصرفات القانونية بسبب ما يلحق الارادة من عيوب الرضاء كالغلط أو فقدان الحرية (الاكراه) ، وتنظيمه لعيوب الرضاء لا يختلف اختلافا جوهريا عن تنظيمها فى قانون آخر لا ينسب اليه الاخذ بنظرية التعبير ، كالقانون الفرنسى ، كما أن القانون الالمانى يسمح بتحرى بواعث التصرف لتقدير مخالفة هذا التصرف أو موافقته للقانون (النظام العام والآداب) أى أن هذا القانون يسمح باثبات مخالفة التعبير ، للارادة الحقيقية ، من خلال ما ينظمه من طعون بعيوب الارادة أو الصورية أو عدم المشروعية ، ومع مراعاة الاحكام القانونية للاثبات[1] .

---

(١) ويذهب البعض الى ان نظرية التعبير عن الارادة ، يمكن ان تطبق فى صورة اقل جمودا من الصورة التى تترتب على منطق النظرية ، فى الاعتداد بالتعبير دون الارادة ، وبايجاد مكان لتحرى حقيقة الارادة ، ولكن مع البقاء فى نطاق نظرية التعبير ، وذلك على اساس ان يضاف الى التعبير ، كل ظرف آخر يحيط به يعين على كشف الارادة ، لمن وجه اليه التعبير عنها ، فيكون تحديد مضمون الارادة ، من التعبير عنها ، ومن سائر الظروف والملابسات التى احاطت به والتى تجعل من وجه اليه التعبير عالما بحقيقتها (ولو كانت مختلفة عن التعبير) أو قادرا على معرفتها اذا استعان بجميع الملابسات الموضوعية التى يجب عقلا ان تدخل فى اعتباره . احمد زكى الشيتى ، مقالته عن تكوين العقد وتفسيره ، القانون والاقتصاد السنة ١٩ فقرة ٣٠ واشارة الى هذه الفكرة فى اسماعيل غانم ، ص ٩٣ . وتسمى هذه الفكرة الجديدة فى مصطلح من ياخذون بها نظرية الارادة التى يمكن التعرف عليها ، كما يمكن تسميتها نظرية « الارادة الجالبة للثقة » ،

=

واذا نسب الى القانون المدنى المصرى الحالى أنه يأخذ بمذهب التعبير عن الارادة(١) ، واذا كانت صياغة بعض نصوصه تشير الى التعبير عن الارادة(٢) ، فان هذا لا يعنى على أية حال الاخذ بالاحكام التى تقتضيها هذه النظرية والتى ترجعنا الى شكلية بدائية ، بل أن أحكام القانون المدنى المصرى الحالى ، فى تحديد علاقة التعبير عن الارادة ، بالارادة الحقيقية ، لا تكاد تختلف عن أحكام القانون المدنى السابق الذى كان يعتبر تابعا للقانون الفرنسى فى أخذه بالارادة الباطنة(٣) ، فهو يبيح اثبات خلاف التعبير مع حقيقة الارادة من خلال الطعن بعيب الرضاء أو الصورية أو مخالفة النظام العام والآداب ، كما سنرى من دراستنا لهذه المسائل .

والحق أن القانون الالمانى والقوانين اللاتينية كالقانون الفرنسى والقانون المصرى ، تتفق كلها تماما من ناحية موقفها حيال العلاقة بين الارادة والتعبير عنها ، ذلك أنه فى كل قانون وضعى تخضع هذه العلاقة للمبدأين التاليين :

= انظر مؤلفنا عن البطلان ، فقرة ٦٦ ص ١٩٠ ، ولكن انصار هذه النظرية لم يستطيعوا ان يحددوا ما يترتب على الاخذ بفكرتهم هذه من الاحكام التى تختلف عن الاحكام التى تترتب على الاخذ بمذهب الارادة الباطنة ، فى تنظيم عيوب الرضاء مثلا ، انظر مؤلفنا عن « البطلان » ، الموضع السابق ، وهامش ٢ ص ١٩٠ ، ويلاحظ ان هذه الفكرة الجديدة التى تتكلم عن ارادة تمكن معرفتها ، تجعل من الحال النفسية لشخص آخر غير صاحب الارادة (الموجه اليه التعبير) عاملا فى تحديد مضمون الارادة ، وبالتالى اساسا للقول بصحتها أو عدم صحتها ، وهو ما لا نستطيع قبوله ، مؤلفنا السابق ، هامش ٣ الموضع السابق .

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٢ ص ٥ و ٩ .

(٢) المادة ٨٩ مدنى مثلا وهى تنص على أن العقد يتم « بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد » .

(٣) مؤلفنا عن البطلان ، ص ١٩١ .

(أ) أن الارادة لا تدخل فى عالم القانون الا بالتعبير عنها صراحة أو ضمنـــا .

(ب) ان التعبير عن الارادة ، يجب أن يكون مظهـرا لارادة حقيقية(١) .

وعلى ذلك ففى كل القوانين يلزم التعبير عن الارادة حتى تكون هذه الارادة واقعة يرتب القانون عليها أثرا ، وكذا يفترض أن التعبير عن هذه الارادة صورة صادقة للارادة الحقيقية ، حتى يثبت صـــاحب المصلحة ، من خلال الانظمة القانونيـــة التى تكفل ســلامة الارادة وجديتها ومشروعيتها (الصورية ، عيوب الرضاء ، عدم المشروعية) ، عدم مطابقة التعبير للارادة الحقيقية ، فيكون الاعتداد عندئذ بالارادة الحقيقية ، ولذلك فليس من الممكن أن يفرق بين مواقف للقوانين المختلفة من الارادة والتعبير عنهـــا ، مادام لزوم التعبـــير عن الارادة فى كل القوانين أمرا لا شك فيه ، وما دام من الجائز فى كل القوانين أيضا ، اثبات حقيقة الارادة على خلاف التعبير عنها فى بعض الاحوال ووفقا لنظم قانونية محددة(٢) .

وفى ضوء الحقائق السابقة نستطيع الاجـابة على التساؤل عن امكان اثبات عدم مطابقة التعبير عن الارادة لحقيقة الارادة ، والزام الغير بالارادة الحقيقية ، فى القانون المصرى ، بأن ذلك ممكن وجائز باستخدام الوسائل القانونية ، ســواء أكانت هذه الوســائل طعنـــا بالصورية أو الغلط أو غيرهما من الطعون أم كانت مجرد اثبات اختلاف التعبير مع الارادة ، وفقا للقواعد القانونية للاثبات(٣) .

---

(١) محمود أبو عافية ، التصرف القانونى المجرد ، القـــاهرة ١٩٤٧ فقـــرة ٨١ .

(٢) قرب مؤلفنا السابق عن البطلان ، ص ١٩٠ وما بعدها .

(٣) والمـــادة ١٢٣ مدنى تقضى بتصحيح الاغلاط المـــادية فى التعبير عن الارادة .

٢١ — النيابة فى التعبير عن الارادة :

يعبر الشخص ، فى الصورة المعتادة ، عن ارادته بنفسه ، بقصد ابرام تصرفات لحسابه ، ولكن قد تقوم الحاجة الى أن ينوب عنه فى ذلك شخص آخر ، يتولى عنه ابرام التصرفات التى يرغب فى ابرامها ، وهذا جائز قانونا فى القوانين الحديثة عن طريق نظام النيابة ، فالنيابة تسمح بأن يبرم شخص تصرفات قانونية نيابة عن شخص آخر ، فتنصرف آثار هذه التصرفات مباشرة الى هذا الشخص الآخر كما لو كان قد باشرها بنفسه ، فتترتب له الحقوق كما يتحمل بالالتزامات الناتجة عنها • ويكون للاصيل أن يطالب بنفسه بهذه الحقوق كما توجه اليه المطالبة بتنفيذ الالتزامات •

والشخص الذى يبرم التصرف يسمى النائب ومن يتم التصرف لحسابه يسمى الاصيل ، ويمكن تعريف النيابة ، لذلك ، بأنها قيام شخص يسمى النائب مقام شخص آخر يسمى الاصيل فى ابرام تصرف أو تصرفات قانونية لحساب الاصيل •

على أن تدخل أى شخص فى ابرام عقد لحساب شخص آخر ، لا يعنى فى جميع الاحوال أنه نائب عنه ، ذلك أن ابرام العقد قد يتم بين شخصين بوساطة « رسول » أى شخص ليس له من دور فى ابرامه الا نقل ارادة كل من طرفيه الى الآخر ، كما تنقلها الرسالة أو البرقية ، فهو لا يعبر عن ارادة له هو ، وانما يبلغ كلا من طرفى العقد بتعبير الطرف الآخر عن ارادته فينعقد العقد ، بتعبير هذين الطرفين لا بتعبير الرسول ، فالنيابة تقتضى كما سنرى ، أن يعبر النائب عن ارادته هو ، ولو كان فى ذلك ينفذ رغبات الاصيل(١) •

---

(١) وتظهر اهمية القول بأن العقد يبرم بارادة النائب ، فى أن تقدير الصحة او البطلان يتم على أساس اعتبار ارادة النائب ، لا ارادة الاصيل ، على خلاف الحال بالنسبة للرسول ، حيث تكون العبرة بارادة الاصيل وحده •

وحلول شخص محل آخر فى ابرام التصرف القانونى يبدو أمرا ضروريا بالنسبة للاشخاص الذين لا تتوافر لهم أهلية الاداء ، اذ يلزم أن يقوم غيرهم عنهم فى كل ما يلزم لادارة أموالهم وحفظها وتنميتها ، ولذا فالنيابة ضرورية للقصر والمحجور عليهم ، لتيسير قيام الاولياء والاوصياء والقامة عليهم ، بالتصرفات القانونية اللازمة لرعاية مصالحهم ، ومن ناحية أخرى ، فالنيابة تفيد غير فاقدى الاهلية ، ممن يعوقهم البعد أو كثرة الاعمال أو المرض أو عدم الخبرة أو أى عائق آخر عن ادارة أعمالهم •

والنيابة تجوز ، فى الاصل ، فى كل الاعمال القانونية ؛ ولكنها لا تتصور اذا كانت طبيعة العمل القانونى تقتضى أن يقوم به الشخص بنفسه ؛ فلا يكون له عندئذ أن ينيب عنه آخر فى القيام به ، كحلف اليمين أو الوفاء بالتزام يقتضى التدخل الشخصى للملتزم •

ونيابة شخص عن آخر ، تتحقق اما نتيجة لاتفاق بينهما ، على أن يكون لاحدهما تمثيل الآخر فى تصرف من التصرفات ، أى عن طريق توكيل شخص لآخر (بمقتضى عقد الوكالة) وتسمى النيابة عندئذ نيابة اتفاقية(١) • وهذه النيابة التى تنشأ بالاتفاق قد تكون متضمنة فى عقد آخر لا يقتصر على مجرد تفويض شخص فى تمثيل آخر ، أى فى عقد آخر غير الوكالة ، كعقد العمل الذى يستخدم به تاجر عاملا للبيع فى متجره ؛ فالنيابة تنشأ لعامل البيع بمقتضى عقد العمل ، وقد تنشأ النيابة نتيجة لقرار قضائى ، يقيم شخصا نائبا عن آخر ، كالحكم بتعيين وصى أو قيم للقاصر أو المحجور عليه ، أو بتعيين حارس قضائى وتوصف بأنها نيابة قضائية ، كما تنشأ النيابة أحيانا بحكم القانون(٢)،

---

(١) وان كانت النيابة تتحقق فى الواقع فى هذه الحال بتفويض الاصيل للنائب ، اى بارادة الاصيل وحدها ، وتسمى لذلك نيابة ارادية .

(٢) بناء على واقعة طبيعية هى القرابة ، ويلاحظ انه من حيث تعيين حدود نيابة النائب عن الاصيل تكون النيابة صورتان فقط ، نيابة اتفاقية

كما فى حال نيابة الاب) أو الجد عند عدمه (عن ابنه القاصر ، باعتباره وليا شرعيا عليه ، أو نيابة الدائن عن مدينه فى المطالبة بحقوقه (حقوق المدين) بالدعوى غير المباشرة أو نيابة الفضولى عمن تطوع للقيام لحسابه بأعمال ضرورية عاجلة ، وتوصف بأنها نيابة قانونية .

وآثار النيابة من حيث أن التصرف الذى يبرمه النائب لحساب الاصيل ينشىء الحقوق ويرتب الالتزامات فى ذمة هذا الاصيل مباشرة، مسلمة فى كل القوانين الحديثة ، ولكن الفقه يجد أن ترتب آثار تصرف قانونى يبرمه شخص ، فى ذمة شخص آخر ، أمر يحتاج الى التفسير ، بوسائل الفن القانونى[1] : وقد تعددت التفسيرات التى قال بها الفقهاء ، فذهب البعض الى أن النائب انما يتخذ مكان الاصيل ويتقمص شخصيته ، ويعبر عن ارادته ، فيفترض أن الاصيل هو الذى أبرم التصرف ، وأن هذا هو أساس انصراف آثاره اليه ، ولكن اعترض على هذا التفسير بأن افتراض أن الاصيل هو الذى أبرم التصرف ، على أساس أن النائب يتكلم بلسانه ويعبر عن ارادته ، لا يمكن قبوله الا حيث تكون النيابة ناشئة بالاتفاق (وكالة) ، وحيث تكون سلطة النائب محددة تحديدا دقيقا شاملا ، تجعل تعبير النائب نقلا لارادة الاصيل ؛ أما ان كان النائب قادرا على التصرف برأيه ، فانه يعبر عن ارادته ، ولا يمكن القول بأنه يعبر عن ارادة الاصيل ، ومن باب أولى لا يقبل تصوير النيابة بفكرة تعبير النائب عن ارادة الاصيل فى حال النيابة التى تنشأ بحكم القانون ، وخصوصا حيث يكون تعيين النائب لازما بسبب عجز الاصيل عن ابرام التصرفات القانونية بنفسه نتيجة

= (أو ارادية) ، تتحدد فيها سلطة النائب بالاتفاق أو بالارادة ، ونيابة غير ارادية (قضائية او قانونية) يتولى القانون فيها تحديد سلطة النائب فى تمثيل الاصيل .

(١) انظر اشارة الى هذه التفسيرات فى الوسيط ، ج ١ هامش ١ ص ٢٠٤ وص ٢٠٥ واسماعيل غانم ، فقرة ٧٢ .

لنقص ادراكه أو انعدامه (فى حال الولى أو الوصى على القاصر أو القيم على المحجور) •

ولذا يذهب الفقه فى الوقت الحاضر الى أن التصرف الذى يبرمه النائب لحساب الاصيل يتم بارادة النائب . ومعنى هذا أنه يعبر عن ارادة نفسه لا عن ارادة الاصـــيل(١) . ولكنه يقصـــد الى أن يكسب الاصيل الحقوق الناشئة عن تصرفه ؛ كما يرمى الى تحميله بالالتزامات التى تترتب على هذا التصرف • وكسب الاصيل لحقوق تنشأ بتصرف من غيره أمر لا عجب فيه فى الوقت الحاضر حيث يسلم بجواز الاشتراط لمصلحة الغير . أما تحمل الاصيل بالالتزامات ، فمبنى على قبوله مقدما لهذه الالتزامات ، وهو يفوض النائب ، ان كانت النيـــابة ارادية ، أى ناشئة عن عقد الوكالة ، أو مبنى على تفويض القانون للنائب فى الزام الاصيل ، فى النيابة غير الاتفاقية ، كنيابة الولى أو الحارس القضائى •

وهذا يعنى أن الفقه الحديث لا يرى ضرورة لمحاولة تفسير ابرام التصرف من شخص وترتب آثاره فى ذمة شخص آخر ، على أساس أن هذا لا يعد صورة شاذة تخالف المبادىء القانونية ؛ وعلى اعتبار أن ربط أثر التصرف بشخص من يبرمه انما كان مفهـــوما فى الفكر القـــانونى البدائى الذى كان ينظر الى التصرف كعمل اجرائى طقسى والى آثار التصرف كنتيجة تترتب على أقوال أو أفعال من تصدر منه هذه الاقوال أو الافعال ؛ ولذا تلتصق به فلا يتصور أن تنشأ لدى غيره ؛ أما الآن حيث يعتبر التصرف القانونى عملا اراديا معقولا ، فلا غرابة فى أن تنشأ آثار تصرف يبرمه شخص فى ذمة آخر ، اذا أراد ذوو المصلحـــة ذلك ، أو اذا أراده القانون ؛ دون أن يكون فى ذلك شذوذ أو غرابة •

---

(١) وذهبت بعض الآراء الى ان النيابة تنطوى على اشتراك ارادة كل النائب والاصيل فى ابرام التصرف المناسب فيه ، انظر فى الاشارة الى هذا الراى . السنهورى . المرجع السابق .

وثبوت نيابة شخص عن آخر ، وانصراف آثار تصرفات النائب الى الاصيل ، له شروط يجب توافرها ، حتى تترتب هذه النتيجة ، ومن اللازم أن نستعرض هذه الشروط ، وأن نبين الاثر الذى يترتب على توافرها ، أى آثار النيابة . ومن ناحية أخرى فقد ثار البحث عن جواز ابرام النائب تصرفا بارادته وحدها ، سواء باعتبـــاره نائبا عن طرف المعاملة التى يجريها ، أم نائبا عن أحدهما ومعبرا لحساب نفسه عن ارادته هو باعتباره الطرف الآخر فى المعاملة ، وهى صورة تعاقد النائب مع نفسه ، ومن اللازم أن نعرض حكم هـــذه الصورة فى القـــانون المصرى .

ونتناول هذه المسائل على التوالى فيما يلى :

٣٢ ــ شروط النيـــابة :

تحدد الشروط التى تلزم لتحقيق النيابة بما يأتى :

١ ــ أن يكون هناك حلول لارادة النائب محل ارادة الاصيل .

٢ ــ أن يتم تعامل النائب باسم الاصيل ولحسابه .

٣ ــ أن يكون تصرف النائب فى حدود نيابته .

ونعرض فيما يلى ، المقصود بكل شرط منها :

١ ــ حلول ارادة النائب محل ارادة الاصيل :

لا تتحقق النيابة اذا اقتصر دور من يتوســط فى ابرام تصرف لصلحة آخر على مجرد النقل المـادى لتعبير الغير عن ارادته ، سواء أكان ذلك بحمل رسالة مكتوبة أو بابلاغ التعبير شفاها ، لانه فى هذه الحال يكون رسولا لا نائبا . والرسول لا يشـــارك بارادته على أيـــة

صورة فى ابرام التصرف(١) • بل يكون ذلك بارادة مرسله مباشرة ، ولذا ينظر الى هذه الارادة وحدها فى تحرى صحة التصرف أو بطلانه ، دون ارادة الرسول •

وعلى ذلك يجب لتحقق النيابة ، أن تكون ارادة النائب مشاركة فى ابرام التصرف الذى يتم لحساب الاصيل ، فينشأ بارادته ، ويعتبر النائب — لا الاصيل — هو الطرف الآخر فى انشاء العقد الذى يبرمه مع الغير ؛ فيكون التعاقد بين حاضرين اذا حضر النائب ولو لم يكن الاصيل حاضرا •

ويترتب على اتمام التصرف بارادة النائب أن هذه الارادة هى التى يتحرى فيها توافر شروط الارادة التى ينشأ بهـا التصرف دون ارادة الاصيل ، فيكون الغلط العائب للرضاء هو ذلك الذى يقع فيـه النائب ، وكذا تكون ارادته معيبـة ، ويكون التصرف الذى يبـرمه لحساب الاصيل غير صحيح ، اذا قبله تحت تأثير اكراه غير مشروع ، أو أن تعرض لاستغلال أدى الى وقوع غبن فى التصرف الذى أبرمـه لحساب الغير • كما أن علم النائب أو عدم علمه ببعض الظروف التى تؤدى الى تطبيق بعض الاحكام القانونية ؛ هو الذى يؤخذ فى الاعتبار دون علم الاصـيل ، فعلم المشترى عنـد الشراء بالعيب الذى يكون بالشىء الذى يشتريه ، يحول دون رجوعه على البائع بضمان العيب الخفى(٢) ؛ فاذا كان القائم بالشراء نائبا عن الغير كان علمه هو بالعيب حائلا دون قبول دعوى الرجوع بالضمان على البائع ، التى يرفعهـا الاصيل (المشترى الحقيقى) ، ولو كان هذا الاصيل غير عالم بعيب

---

(١) وهذا الدور المـادى المحض للرسول ، لا يجعل محلا لاشتراط اى قدر من الاهلية لديه ليكون صالحا للرسالة ، ما دام قادرا على نقـل التعبير عنها .

(٢) وفقا لحكم المـادة ٢/٤٤٨ مدنى .

المبيع • وكذا يلزم لجواز طعن الدائن فى تصرفات مدينه المعسر ، أن يكون هذا المدين متواطئا مع من يتصرف اليه معاوضة ، أى أن يكون هناك اتفاق بين المدين والمتصرف اليه على الاضرار بالدائن ، ويؤخذ تواطؤ المتصرف اليه من مجرد علمه أن المدين الذى يتعامل معه مدين معسر(١) • فاذا كان هذا المتصرف اليه نائبا عن شخص آخر ، كان التصرف الذى يبرمه ، قابلا للطعن فيه من الدائنين (بدعوى عدم نفاذ التصرفات أو الدعوى البولصية) ، ولو كان الاصيل الذى أبرم التصرف لحسابه جاهلا هذه الظروف ما دام نائبه يعلمها(٢) • وتنص على هذه الاحكام المادة ١٠٤ فقرة أولى من القانون المدنى ، وهى تقضى بأنه « اذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لا شخص الاصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى عيوب الارادة ، أو أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما » •

ولكن اذا كان اعتبار ارادة النائب بالنسبة لعيوب الارادة أو العلم ببعض الظروف ، هو القاعدة ، فان هذا لا يعنى استبعاد النظر الى ارادة الأصيل فى جميع الاحوال ، ذلك أنه فى بعض صور النيابة ، يقوم النائب بابرام التصرف بناء على تعليمات محددة من الاصيل ، ويكون ذلك فى حال الوكالة حيث يستطيع الموكل أن يضع للوكيل حدود تمثيله له ، وشروط قيامه عنه فى ابرام التصرف • فى هذه الصورة يكون لارادة الاصيل دور فى ابرام التصرف يقتضى الاعتداد بها فى تقدير صحة التصرف أو بطلانه على أساس ما قد يشوبها من عيوب ، كما يقتضى أن يؤخذ علم الاصيل أو عدم علمه ببعض الظروف فى الاعتبار ، لتطبيق

---

(١) المادة ٢٣٨ مدنى •

(٢) ويتبع هذا الحكم كذلك فى تطبيق المادة ٤٦٨ مدنى التى تشترط جهل مشترى ملك الغير ، بعدم ملكية البائع ، ليحق له طلب تعويض من البائع ، ولو كان هذا حسن النية ، فجهل النائب الذى يشترى ملك الغير لحساب آخر ، شرط لاستحقاق الاصيل للتعويض •

الاحكام التى ترتبط بهذا العلم • فلو طلب الموكل الى وكيله أن يشترى عينا من شخص حدده له ، وهو يعلم أنه مدين معسر ، فان دائنى هذا الشخص يستطيعون الطعن فى هـذا التصرف بدعـوى عدم نفـاذ التصرفات ، ولو كان الوكيل جاهلا بهذه الظروف مادام الاصـيل كان عالمـا باعساره • وكذا لو طلب اليه شراء شىء معين يعلم بما فيه من عيب خفى ، لا يحق له بعد ذلك أن يرجع على البائع بضـمان العيب الخفى ، ولو كان الوكيل جاهلا وجود العيب • وكذلك لو كان الموكل مكرها على ابرام التصرف وأصدر الى وكيله تعليمات محددة لابرامه نيابة عنه على الصورة التى أكره عليها ، يكون له حق الطعن بالاكراه ، رغم أن ارادة النائب غير مشوبة بأى اكراه ، وكذلك الحـال لو كانت التعليمات المحددة التى أصـدرها الموكل الى الوكيل ، لابرام تصرف معين ، مبنية على غلط جوهرى عائب للرضاء ، اذ يجوز له عندئذ أن يطعن فى التصرف الذى أبرمه الوكيل ، للغلط ، ولو لم تكن ارادة الوكيل مشوبة بـه •

وقد نصت الفقرة الثانية من المـادة ١٠٤ من القانون المدنى على الاحكام السابقة ، بالنسبة لاثر العلم ببعض الظروف ، فقضت بأنه : « اذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو ، أو كان من المفروض حتما أن يعلمها » • ورغم أن النص لا يتناول حكم عيوب ارادة الاصيل فى هـذه الحال ، فان الفقـه فى جملته يرى أن ما يلحق ارادة الاصيل من عيوب فى هذه الصـورة ، يعيب الرضـاء بالتصرف الذى يبرمه الوكيل ، ولو لم يكن رضاء الوكيل نفسه معيبا ، قياسا على ما نص عليه من اعتبار علم الاصيل ببعض الظروف(١) •

ويذهب الفقه • بالنسبة لاهلية الاداء ، الى أن القول بتوافرهـا

---

(١) ويبرر اسماعيل غانم هذا الحكم ، بان مضمون ارادة الوكيل وقد وجهتها ارادة الموكل يكون معيبا بذات العيب الذى شاب ارادة الوكيل ، نقرة ٨٥ .

أو عدم توافرها للتصرف الذى يبرمه النائب ، لا يكون على أساس كمال أو نقص أهلية النائب ، بل ينظر فى ذلك الى أهلية الاصيل ، ذلك أن الاهلية للتصرف يجب توافرها فيمن يتحمل بالآثار الناتجة عن هذا التصرف ، ولذا فان التصرف يكون صحيحا ، ولا مطعن عليه بسبب نقص الاهلية ، اذا كان الاصيل موكلا (أى فى حال النيابة الناشئة عن الوكالة) واذا كان كامل الاهلية لهذا التصرف ، ولو لم تتوافر هذه الاهلية فى الوكيل ، بشرط أن يكون هذا الوكيل قادرا على التعبير عن ارادته ، أى مميزا على الاقل ، لكن هذا لا يصدق بالنسبة لكل صور النيابة بل هو صحيح فىالنيابةالاتفاقية وحدها، ذلكأنالنيابة التى تتقرر بحكم القانون للولى ، أو بناء على حكم القضاء للوصى أو القيم ، انما يقصد بها ادارة أعمال أشخاص فاقدى الاهلية(١) • ولذا لا يمكن أن تتحدد صحة تصرفات الولى أو الوصى أو القيم على أساس أهلية أداء الاصيل ، ومن ناحية أخرى فان القانون يشترط فى هؤلاء النواب أن يكونوا كاملى الاهلية ، ليصلحوا نوابا عن فاقدى الاهلية(٢) •

ويذهب البعض الى أن ابطال تصرف الوكيل ، اذا كان عيب الارادة متحققا لدى الموكل دون الوكيل ، يكون عن طريق ابطال الوكالة التى انيب بها الوكيل فى ابرام التصرف . ومتى ابطلت الوكالة ، صار التصرف الذى ابرمه الوكيل بناء عليها ، باطلا بدوره (جمال مرسى بدر — رسالته عن النيابة فى التصرفات القانونية — الاسكندرية سنة ١٩٥٤ ص ٣٥) . ويرد عليه اسماعيل غانم بأن الوكالة قد تنشأ بتصرف صحيح لا عيب فيه ، فلا تكون هناك وسيلة لابطال التصرف الموكل فيه عن طريق ابطالها (الموضع السابق) . فالتصرف الذى يتم به التوكيل قد لا يكون خاصا بالتصرف الذى كان رضاء الموكل بالنسبة له معيبا ، وعندئذ لا يتصور هدم هذا الاخير الا بالطعن فيه هو نفسه .

(١) ولكن نيابة الحارس القضائى عمن تفرض عليه الحراسة ، ليست نيابة عن فاقد اهلية الاداء .

(٢) ويلاحظ اسماعيل غانم أن الفضولى يعد نائبا قانونيا عن صاحب الاعمال التى يقوم بها ، ولكن لا يشترط لالتزام صاحب الاعمال بتصرفاته ، ان يكون الفضولى كامل الاهلية ، بل يكفى أن يكون مميزا ، هامش ٣ ص ١٦٠ .

٢ — أن يتم تعامل النائب باسم الاصيل ولحسابه :

ويعنى ذلك أن يظهر فى تعبير النائب عن ارادته عند ابرام التصرف أنه يعمل لحساب الاصيل باعتباره نائبا عنه ، وهو ما يعنى أن الغير الذى يتعامل مع النائب يكون عارفا منذ البداية أن النائب لا يلتزم لنفسه ، وانما يلزم بتصرفه شخصا آخر هو الاصيل ، فيكون ما ينشأ له من حقوق على عاتق هذا الشخص الآخر وما يترتب على عاتقه من التزامات لمصلحته ، نتيجة لانصراف نية كل من النائب والغير ، الى ترتيب آثار التصرف فى ذمة الاصيل •

وليس من اللازم أن يصرح النائب بصفته ، وبتعامله لحساب الاصيل ، اذا كان الغير يعلم بهذه الصفة ويدخل فى المعاملة على أساسها ، أو اذا كان من المفروض عليه حتما أن يعلم بها ، بسبب ظروف الحال ، فمن يتعامل مع من يعلم أنه وصى على قاصر ، فى أموال هذا القاصر ، لا تتجه نيته الى ترتيب آثار المعاملة ، فى ذمة الوصى ، بل فى ذمة القاصر ، وكذام ن يتعامل مع « قبطان » السفينة بالنسبة لما يلزمها فى الرحلة من حاجات ، وما دام يعلم أنه قبطان السفينة ، لابد أن يفترض انصراف نيته الى توجيه آثار العقد الى مالك السفينة أو مجهز الرحلة • والعامل يتعامل مع الغير ، فيما يتصل بعمله ، نيابة عن صاحب العمل ، و لاحاجة به الى أن يصرح بصفته كنائب عنه ، لتنصرف آثار معاملاته الى الاصيل ، فالبائع فى المحل التجارى ، يبرم التصرفات باسم مالك المحل ولحسابه • وتتصرف آثارها الى المالك دون أن يعلن العامل فى كل معاملة أنه يمثل هذا المالك •

أما ان لم يعلن النائب ، وقت ابرام التصرف لحساب الاصيل ، أنه يبرمه باعتباره نائبا ولم تكن صفته كنائب معلومة للمتعامل معه ولم يكن من الممكن افتراض علمه بها ، فان النيابة لا تتحقق ، بمعنى أن المتعامل مع النائب لا يلزم بالاتجاه الى الاصيل لمطالبته بحقوقه ،

بل يكون له أن يعتبر النائب نفسه هو الملتزم بآثار تصرفه(١) ، ما دامت نية توجيه آثار التصرف الى شخص آخر ، لم تظهر على أية صورة (صراحة أو ضمنا) عند التعامل .

على أن القانون يورد على هذه القاعدة استثناء فى الحالة التى يتعامل فيها الغير مع النائب ، دون أن يعلن هذا النائب وقت التعامل أنه يتعاقد باعتباره نائبا ، ودون أن يكون الغير عالما بنيابته أو أن يكون من المفروض حتما أن يعلم بوجود هذه النيابة ، اذا كان يستوى عند الغير أن يتعامل مع الاصيل أو مع النائب ، ويتحقق ذلك فيما يتم من معاملات « بالنقد » فى المحلات التجارية ، اذ يستوى لدى البائع أن يكون المشترى عاملا لحساب نفسه أو نائبا عن الغير ، فاذا رجع أحد المشترين بسبب عيب كشفه فى السلعة المبيعة على البائع ، لا يجوز له أن يدفع هذا الرجوع بأنه لم يشتره بنفسه وانما أناب عنه فى ذلك شخصا آخر لم يكشف عند الشراء عن صفته ، وبالتالى لم تتحقق النيابة فى مواجهة البائع ، لانه يستوى عند البائع أن يكون المشترى قد اشترى لنفسه أو لغيره(٢) .

وقد نصت المادة ١٠٦ من القانون المدنى على الأحكام السابقة ، فهى تقضى بأنه « اذا لم يعلن العاقد وقت ابرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا ، فان أثر العقد لا يضاف الى الاصيل دائنا أو مدينا الا اذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة ، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الاصيل ، أو مع النائب » .

---

(١) ولكن يحق للغير أن يطالب الأصيل ، اذا اقر هذا الغير وجود النيابة . اى ان الغير لا يجبر فى هذه الحال على التسليم بتحقق النيابة ، ولكن يجوز له أن يتمسك بها ان كانت له مصلحة فى ذلك .

(٢) وتقدير انه يستوى لدى الغير ان يتعامل مع النائب او مع الأصيل، مسألة يفصل فيها فى ظروف كل حال — أنظر فى الاشارة الى المعايير التى تتبع فى هذا الصدد ، اسماعيل غانم ، هامش ١ ص ١٦٤ .

ويلاحظ أن النائب قد يخفى نيابته ، عند التعامل لحساب الاصيل، ويكون ذلك فى أحوال النيابة الاتفاقيـة ، اذا طلب الموكل الى الوكيل الذى يعينه لاتمام معاملة معينة ألا يعلن اسـمه عند اتمامهـا تحقيقا لمصلحة ما ، وهو ما يعنى أن الموكل يستعير اسم الوكيل لاتمام هـذه المعاملة لحسابه ، ولذا تسمى هـذه الصورة من الوكالـة « الاسـم المستعار » فاذا أتم الوكيل التصرف الذى وكل فيه ، تحمل فى مواجهة الغير ، بما يترتب عليه من التزامات ، وكسب ما ينشأ عنه من حقوق ، فالمتعامل مع الوكيل لا يستطيع الرجوع على الموكل لانه لا يعـرفه ، بل لا يعرف بوجوده ، أما فى علاقة الوكيل بالموكل ، فالنيابة قائمة ، وتترتب آثار تصرف الوكيل لمصلحة الموكل ، بناء على عقد الوكالة(١) .

٢ ــ أن يكون تصرف النائب فى حدود نيابته :

أى أن يظل النائب ، فيما يبرم من تصرفات لحساب الاصيل ، فى حدود السلطات التى تخولها له النيابة ، أى أن يقتصر فيما يقوم به من أعمال ، على ما أقيم نائبا لمباشرته ، ووفقا للشروط المحددة لذلك ، ان كانت هناك شروط ، وسلطات النائب فى تمثيل الاصيل ، يحددها امـا رضاء هذا الاصيل ، ان كانت نيابتـه ارادية أو اتفاقية أى فى حـال الوكالة ، واما حكم القانون ان كانت نيابة قانونيـة ، كنيابة الولى أو الوصى أو القيـم . فاذا خـرج النائب فى التصرفـات التى يبرمهـا عن حدود نيابته زالت عنه سلطة تمثيـل الاصيل ، وأصـبح التصرف الصادر منه خارج هذه الحدود ، كأى تصرف يصدر من شخص أجنبى، لا يلزم الاصيل ولا يمس حقوقه(٢) .

---

(١) وتستخدم صورة الوكالة التى لا يعلن فيها الوكيل عن نيابته عن الموكل ، بل يتم التعامل باسمه هو ، فى نظام الوكالة عن التجـار المسمى « الوكالة بالعمولة » .

(٢) ولا يمكن القول بانصراف آثار التصرف مع الغير ، فى هذه الحال ، الى ذمة النائب اذا كان التعامل قد تم باسم الاصيل ولحسابه وفقا للشرط الثانى من شروط النيابة ، لأن هذا يعنى عدم انصراف النية الى توجيـه الآثار الى ذمة النائب .

كذلك اذا انقضت نيابة الشخص عن غيره ، لا يستطيع أن يتصرف باعتباره نائبا : منذ هذا الانقضاء ، وكل تصرف يبرمه بعد ذلك لا يلزم الاصيل ، فاذا عزل النائب أو اذا توفى الاصيل(١) ، تزول النيابة وتنقضى سلطة النائب فى تمثيل الاصيل أو ورثته ٠ الا أن القانون يقرر أنه اذا كان النائب يجهل انقضاء نيابته (لم يعلم بالوفاة أو العزل) وتعامل مع شخص لا يدرى بدوره شيئا عن انتهاء النيابة ، ورعاية لحسن نية المتعاملين ، يقرر القانون فى هذه الحال ، التزام الاصيل أو ورثته بالتصرف الذى يبرم لحساب الاصيل ٠ كما لو كان قد تم وقت قيام النيابة ٠ وقد نصت المادة ١٠٧ من القانون المدنى على هذا الحكم فقضت بأنه « اذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة ، فان أثر العقد الذى يبرمه حقا كان أو التزاما يضاف الى الاصيل أو خلفائه » ٠

ويذهب الفقه الى أن حكم نص المادة ١٠٧ تطبيق لمبدأ عام فى القانون يقضى بالاعتداد بالاوضاع الظاهرة ، رعاية للثقة التى تتولد فيها وعملا على استقرار المعاملات ، ولذا يذهب الى الزام الموكل بآثار التصرفات التى يبرمها الوكيل ، خارج حدود الوكالة ، اذا اعتقد أنها داخلة فى سلطاته ، مستندا فى ذلك الى ما يبرر هذا الاعتقاد ، واذا كان من تعامل معه باعتباره وكيلا ، حسن النية ، أى يعتقد أنه يتعامل مع الوكيل فى حدود نيابته(٢) ٠

---

(١) تنتهى الوكالة بوفاة الموكل او الوكيل — المادة ٧١٤ مدنى ٠

(٢) وتوصف نيابة الوكيل فى هذه الحال بأنها نيابة ظاهرة ، وهذه المشكلة لا تثور بالنسبة للنيابة التى يحدد القانون سلطات النائب فيها ، اى النيابة القانونية اذا جاوز النائب حدود النيابة ولو بحسن نية ، لان الاستناد الى حسن النية لاجازة اعمال النائب القانونى خارج حدود سلطاته يقوم على ادعاء الجهل بالقانون الذى يحدد سلطات النائب ، وهو ادعاء غير جائز ٠

وتورد المادة ٢/٧٠٣ من القانون المدنى استثناء آخر على ضرورة التزام النائب حدود نيابته ؛ فتقرر أن للوكيل أن يخرج عن هذه الحدود « متى كان من المستحيل عليه اخطار الموكل سلفا وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان الا ليوافق على هذا التصرف . وعلى الوكيل فى هذه الحالة أن يبادر بابلاغ الموكل خروجه عن حدود وكالته » ، وهذا الاستثناء يختلف عن السابق فى أن الوكيل يكون عالما بأنه يجاوز حدود نيابته ، ولكنه يريد تحقيق مصلحة للموكل فى هذا التجاوز ويرجح ترجيحا قويا أن الموكل سيقر التصرف الذى يبرمه خارج حدود نيابته(١) .

واذا تصرف النائب خارج حدود نيابته ، ولم تتوافر شروط سريان تصرفه الذى يجاوز هذه الحدود : على الاصيل ، من الممكن ، مع ذلك ، أن يصبح هذا التصرف نافذا فى حق الاصيل ، اذا أقره ، أى اذا عبر عن رغبته فى اضافة آثاره الى ذمته(٢) . فاذا صدر هذا الاقرار ، اعتبر التصرف نافذا فى حق الاصيل من وقت ابرامه(٣) ، الا اذا حدد الاصيل فى اقراره وقتا آخر . والاقرار لا يكون له هذا الاثر الا اذا كان

=

ومما يبرر الزام الموكل بتصرف الوكيل ، خارج حدود النيابة ، فى الظروف السابقة ، ان يكون هناك غموض فى عبارات التوكيل ، تم تفسيره على الوجه الذى يجعل للوكيل سلطة واسعة خصوصا اذا كان ما ابرمه من التصرفات مما يدخل عادة فى سلطة امثاله من الوكلاء .

وقد اخذ القانون بتطبيق للنيابة الظاهرة فى نص المادة ٣٣٢ مدنى التى تقضى بأن « يعتبر ذا صفة فى استيفاء الدين من يقدم مخالصة صادرة من الدائن » اذ يفترض القانون ، لمصلحة المدين الموفى ، أن مقدم المخالصة موكل فى الاقتضاء ولو لم يكن كذلك فى الواقع .

(١) وهى صورة اقرب الى صورة النيابة القانونية فى حال الفضالة .

(٢) والاقرار يتم بارادة المقر وحدها . وهو كتعبير عن الارادة قد يكون صريحا او ضمنيا ، يؤخذ مثلا من تنفيذ الاصيل لتصرف الوكيل ، الذى يرغب فى اقراره ، وهو يعلم انه خارج حدود نيابة وكيله .

(٣) بشرط الا يضر الاثر الرجعى بحقوق الغير ، انظر اسماعيل غانم ، فقرة ٨٧ .

الاصيل كامل الاهلية ، ولذا فانه يتصور فى النيابة الاتفاقية • لا فى النيابة القانونية •

٢٣ — (ب) آثار النيـــابة :

تلخص آثار النيابة ، اذا تحققت باجتماع شروطها ، المـــادة ١٠٥ من القانون المدنى التى تنص على أنه « اذا أبرم النائب فى حدود نيابته عقدا باسم الاصيل ، فان ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف الى الاصيل » •

وعلى ذلك فتحقق النيابة يؤدى الى اضافة آثار التصرفات التى يبرمها النائب الى ذمـــة الاصـــيل • كمـــا لو كان قـــد أبرم التصرف بنفسه(١) ، أى أن حقوق الاصـــيل والتزاماته تنشأ من التصرف الذى أبرمه النائب باسمه ، دون حاجة الى أى اجراء لاحق يقوم به النائب ، لتحقيق هذه النتيجة •

ويترتب على اضافة آثار تصرف النائب الى ذمة الاصـــيل ، أن المطالبة بالحقوق الناشئة به أو الالتزامات المترتبة عليه ، توجـــه من الاصيل أو اليه فلا توجه المطالبة به من النائب أو اليه ، الا اذا كانت نيابته تمتد الى تنفيذ التصرفات أيضـــا ، فيكون له دور فى المطالبـــة بالتنفيذ ، ولكن بصفته نائبا ، فيكون له أن يطالب بحقوق الاصيل ، كما يطلب اليه تنفيذ التزاماته •

على أن هذا لا يعنى أن النائب لا يسأل ، بمناســـبة نيابته ، فى مواجهة الغير ، مسئولية شخصية ، فى أية صورة ، ذلك أنه قـــد يبرم تصرفا خارج حدود نيابته مع شخص حسن النية ، أى لا يعلم بتجاوزه

---

(١) وذلك بالنسبة لآثار التصرف ، أما ابرام التصرف فيتـــم بارادة النائب كما سبق البيان •

حدود النيابة ، ثم يمتنع الاصيل عن اقرار تصرف النائب ان كان وكيلا (أو تعترض على التصرف جهة الرقابة على النواب القانونيين) ، ف هذه الحال يكون النائب مسئولا فى مواجهة الغير الذى أبرم معه التصرف ، ويلتزم بتعويضه عما أصابه من عدم امضاء العقد ، من أضرار ، ولكن مسئوليته ليس مصدرها التصرف الذى أبرمه باسم الاصيل ، بل مصدرها ما ارتكبه من خطأ فى تجاوز حدود النيابة ، دون أن ينبه الغير الذى يتعامل معه الى ذلك ، أى أساسها الفعل الضار لا العقد •

واذا كانت آثار التصرف تنشأ مباشرة فى ذمة الاصيل ، فان تحرى الصلاحية لتلقى الحقوق الناشئة عنه ، أو التحمل بالتزاماته (أى أهلية الوجوب) يكون فى الاصيل لا فى النائب ، كما أن العبرة فى القول بتوافر أهلية الاداء بالنسبة لهذا التصرف ، اذا كانت النيابة ارادية أو اتفاقية ، هى بأهلية الاصيل لا بأهلية أداء النائب ، كما سبق أن قلنا •

والنيابة فكرة تقوم لتنظيم علاقة كل من الاصيل ونائبه ، بالغير الذى يتم التعامل معه ، وهى تقتضى القول بقيام علاقة مباشرة بين الاصيل والغير ، وفقا للاحكام السابقة ، أما علاقة الاصيل بنائبه من حيث حقوق كل منهما والتزاماته قبل الآخر ، فتحكمها القواعد المنظمة لمصدر النيابة ، سواء أكانت نيابة اتفاقية فى حال الوكالة أو عقد العمل ، فتطبق عليها قواعد الوكالة أو قواعد عقد العمل ، أو كانت نيابة قانونية ، كنيابة الولى أو الوصى أو القيم أو الحارس القضائى ، فتحكمها القواعد القانونية المنظمة لواجبات وحقوق كل منهم •

٢٤ ــ (ج) تعاقد النائب مع نفسه :

مع جواز النيابة قد يتحقق فرض يصبح فيه شخص واحد نائبا عن شخصين فى نفس الوقت ، فاذا كان هذا النائب موكلا من أحدهما

فى البيع وموكلا من الآخر فى شراء شىء يشبه مـا وكل ببيعه ، هـل يستطيع النائب ، فى هذه الحال ، أن يبرم التصرف لحساب موكليه معا ، بتعبير عن ارادته يمثل فيه ، فى نفس الوقت ، كلا من البائع والمشترى ؟

ويمكن أن يثور نفس السؤال بالنسبة لفرض آخـر ، اذا رغب النائب فى أن يأخذ لنفسه الصفقة التى أنيب فى اجرائها ، فاذا وكل فى بيع منزل ، وكان هو محتاجا الى مثله ، هل يجوز له أن يبرم التصرف باسم موكله مع نفسه ، باعتباره أصيلا كمشتر ، ونائبا كبائع ؟

ومثل هذين الفرضين يمكن أن يتحقق أيضا فى صـور النيـابة القانونية أو القضائية ، كولى على ولدين له ، أو وصى على قاصرين ، فيثور التساؤل عن حقه فى أن ينوب عنهما معا فى معاملة تتم بينهما ، بأن يبيع أو يؤجر لاحدهما مال الآخر ، وعما اذا كان يجوز له أن يبرم تصرفا نيابة عن أحدهما مع نفسـه ، فيشترى منزله ، مصـدرا بذلك تعبيرا عن ارادته وحده ، باعتبـاره نائبا وباعتباره أصـيلا ، فيتم التصرف ، وينبرم العقد بارادته وحدها .

لا تقوم عقبة من الناحية النظرية (أو الفنية) أمام جواز ابرام التصرفات فى مثل هذه الصور ، فتعبير النائب عن ارادته ، ولو أنه فى الظاهـر تعبير واحـد ، ينطوى فى الواقـع على ارادتين متميزتين ، ومرتبطتين ، يتم بهما انعقاد العقد الذى تجـرى به المعـاملة ، ولذا فالعقد الذى يتم فى صورة تعاقد النائب مع نفسه عقد يتم بين طرفين ، لكل منهما ارادة خاصة أى أنه يتم بتوافق ارادتين كأى عقد آخر(١) .

---

(١) وقد ذهب البعض الى اعتبار تعـاقد النائب مع نفسـه تصرفا بالارادة المنفردة ، انظر السنهورى ، الوسـيط ، فقـرة ٩٥ وهامش ١ ص ٢١٩ ، وهو رأى يقوم على اعتبار وحدة التعبير فى مظهره دون عناية بتحليله الى الارادات العديدة المتضمنة فيه . انظر اسماعيل غانم ، فقرة ٩٠ وهامش ١ ص ١٧٠ .

وا نكان التعبير عنهما معا (بوساطة النائب) قد جمعهما ، ماديـا ، فى مظهر واحد .

ولكن الاعتراض على تعاقد النائب مع نفسه ، يثور على الخصوص من وجهة عملية ، بسبب ما يخشى من احتمال التضحية بمصلحة أحـد الطرفين لمصلحة الآخر ، أو على الاقل عدم رعاية مصالح الاصيل الى أقصى حد ممكن ، ذلك أنه لو تعاقد النائب مع نفسه باعتباره أصيلا عن نفسه ، كانت الخشية من أن يضحى بمصالح الاصيل لحساب نفسه ، ولو كان يتعاقد باعتباره نائبا عن الطرفين ، فان تمثيله لطرفين سيوجب عليـه أن يتخـذ موقف الموفق بين مصالحهما ، مما يقتضى بالضرورة الا يؤدى واجبه فى رعاية مصالح الاصيل الى أقصى حد ممكن ، لان ذلك لا يستطاع الا مع تمثيل طرف واحد من أطراف المعاملة(١) .

وبسبب هذا الاعتبار العملى كان الاتجاه الى حظر تعاقد النائب مع نفسه ، كوسيلة لحماية مصالح الاصيل ، والقانون المدنى المصرى يقرر هذا الحظر ، كبعض التشريعات الاخرى ، بنصه فى المـادة ١٠٨ على أنه « لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سـواء أكان التعـاقد لحسـابه هو أم لحسـاب شـخص آخـر دون ترخيص من الاصيل . على أنه يجوز للاصيل فى هـذه الحالة أن يجيز التعاقد . كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة » .

ومن النص السابق يظهر أن القانون يضع قاعدة أصلية مضمونها أن النائب ، سواء أكانت نيابته مصـدرها ارادة الاصـيل ، أم كان

---

(١) ذلك أنه اذا تعاقد الشخص باعتباره نائبا عن الطـرفين فى آن واحد . فان عمله يكون اقرب الى التحكيم منه الى معنى النيابة ، المذكرة الايضاحية لمشروع نص المـادة ١٠٨ مدنى ، مجموعة الاعمال التحضيرية ، جـ ٢ ص ١٠٦ .

مصدرها حكم القانون (أم كان النائب معينا بقرار القضاء) ، ممنوع من أن يتعامل مع نفسه ، سواء باعتباره نائبا عن الغير وأصيلا عن نفسه أم باعتباره نائبا عن جميع الاطراف ، ولكن تعاقد النائب مع نفسه يصبح جائزا ، فى حال النيابة الناشئة بالارادة (الوكالة) ، اذا رخص الاصيل (الموكل) للنائب بذلك مقدما فان لم يكن مرخصا له بذلك ، لم يكن تعاقد النائب مع نفسه ملزما للاصيل وان كان للاصيل أن يقر تصرف النائب بعد وقوعه ، فيصبح ملتزما به بناء على هذا الاقرار(١) كما أن تعاقد النائب مع نفسه يكون جائزا كذلك ، ولو لم يرخص الاصيل للنائب فيه اذا كانت قواعد التجارة تسمح به • على أن القانون قد يقضى فى بعض الاحوال بجواز تعاقد النائب مع نفسه ، ويكون ذلك على الخصوص فى أحوال النيابة التى يحدد القانون فيها سلطات النائب ، أى فى أحوال النيابة القانونية ، كما هى الحال فى اباحة تعاقد الاب الولى على ولده القاصر مع نفسه بالنسبة لاموال ولده (أو أولاده القصر) ، المقررة بنصوص قانون الولاية على المال(٢) • وقد أباح القانون للاب الولى التعاقد مع نفسه لما يفترضه من حرص الاب على مصالح ولده وغلبه شفقته عليه •

ومنع تعاقد النائب مع نفسه ، لا يعتبر تحريما قانونيا لهذا التعاقد يترتب عليه بطلان تصرف النائب ، فالتصرف صحيح(٣) ، ولكنه

---

(١) والنص يعبر عن الاقرار بالاجازة ، وهو تعبير غير دقيق لأن للاجازة معنى خاصا سنعرضه فى دراسة البطلان .

(٢) المادة ١٤ والمادة ٦ من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ .

(٣) ذهب بعض الفقه الى أن منع النائب من التعاقد مع نفسه يعد نوعا من فقدان الاهلية الخاص لدى النائب ، يجعل تصرفه باطلا بطلانا نسبيا ، يمكن تصحيحه بالاجازة من الاصيل ، ولكن يلاحظ ان فقدان الاهلية يتقرر لمصلحة فاقد الاهلية ولحمايته ، وكان من اللازم القول بأن النائب وحده هو الذى يتمسك بالبطلان فى هذه الحال ، وان اجازته هى التى ترفع

لا ينفذ فى حق الاصيل ، فالقانون ، بحكم المـادة ١٠٨ ، يعتبر تعاقد النائب مع نفسه خارج حدود نيابته ، واتمام مثل هذا التعاقد من جانب النائب يعنى أنه تجاوز حدود نيابته ، فانعدمت ولايته فى ابرامه ، مما يترتب عليه أن الاصيل لا يلتزم به الا ان أقره بعد ابرامه • ومن حق الاصيل أن يدخل هذه الصورة من التعاقد ، منذ رضائه بالنيابة ، فى حدود سلطة النائب ، بالترخيص له مقدما بالتعاقد مع نفسه ، فيكون تصرفه ملزما للاصيل دون حاجة الى اقرار لاحق •

٢٥ ـ شكل التعبير عن الارادة :

الاصل فى القوانين الحديثة ، ومنها القانون المدنى المصرى ، أن التعبير عن الارادة فى التصرف القانونى ، تعبير حر ، يختار المعبـر وسيلته من الكتابة أو اللفظ أو الاشارة أو أى عمل آخر ، وفقا لرغبته ومصالحه ، كما يحدد صورته ، فيعبر صراحة عن ارادته ، أو يترك للغير استنتاج تعبيره الضمنى من عمل يقوم به أو موقف يتخـذه • ولكن القانون قد يفرض شكلا خاصا للتعبـير عن الارادة ، فى العقـد أو التصرف المنفرد ، فيصبح هذا الشكل شرطا قانونيا للتعبير عن الارادة، يترتب على تخلفه عدم اعتراف القانون بوجودها ، وبالتالى عدم ترتيب الآثار المقصودة بها • هذا الشكل الذى قد تفرضه القوانين الحديثـة يكون عادة كتابة رسمية أو عرفية ، أو حضور الشهود ، على ما ذكرنا فى كلامنا عن معنى الشكلية •

=

هذا البطلان ، والحال أن الاجازة هنا تصدر من الاصيل . ومن ناحية اخرى فالولاية فى ابرام تصرف ليست شرطا لصحته ، ولا حاجة لتقرير بطـلان تصرف يصدر باسم الغير ممن لا يملك تمثيله لأن مبدأ نسبية أثر التصرفات يكفل حماية كاملة للغير فيعتبر التصرف غير نافذ فى حقه دون حاجـة الى البطلان ، انظر مؤلفنا عن البطلان ، فقرة ٨٩ • ومؤلفنا عن عقد البيع ، طبعة سنة ١٩٧٥ ، فقرة ١٦ . قارن مع ذلك مذكرة المشروع التمهيدى ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٢ ص ١٠٩ .

والشكل الذى يوجبه القانون فى التعبير عن الارادة ، لتترتب على هذه الارادة آثارها القانونية ، يوصف بأنه شكل انعقاد ، أى شكل يعتبر شرطا لوجود الارادة كتصرف قانونى • وهو بذلك يختلف عما يشترطه القانون أحيانا فى التصرفات القانونية من الكتابة أو الاجراءات الاخرى ، لاغراض أخرى غير الانعقاد ، كاستلزام الكتابة فى اثبات بعض التصرفات أو ايجاب الشهر لترتب بعض آثار التصرفات التى تنصب على بعض الحقوق •

فالقانون يوجب اثبات التصرفات القانونية المدنية ، التى تزيد قيمتها (قيمة الحقوق التى تنشأ بها) عن مائة جنيه ، اذا ثار النزاع حول وجودها أمام القضاء ، يوجب اثباتها بأوراق مكتوبة ، أى أدلة كتابية (المادة ٦٠ من قانون الاثبات) (١) • فاذا لم يتم اعداد كتابة مثبتة للتصرف ، فان هذا لا يعنى سوى عجز مدعى وجود هذا التصرف عن تقديم الدليل عليه أمام القضاء ، اذا نوزع فى ذلك ، ولا يعنى ذلك عدم وجود الارادة فى نظر القانون بسبب عدم افراغها فى كتابة ، كما لو كان استلزام الشكل شرطا للانعقاد ، فالشكل المطلوب للاثبات لا يتعلق بقدرة الارادة على انتاج آثارها ، والقانون لا يرفض كل أثر للارادة ان تخلف شكل الاثبات ، بل يعتبر التصرف قائما منتجا لاثره ، رغم عدم اثباته بالكتابة ، ان أقر الخصم بوجوده ، أو اذا تمكن من يتمسك بهذا الوجود من اثباته بالوسائل البديلة التى تحل محل الكتابة فى ذلك(٢) • والاقرار بالتصرف لا يمكن أن يغنى عن استيفاء شكل الانعقاد ، ان لم يتم ابرام التصرف وفقا لهذا الشكل •

---

(١) ونصها « فى غير المواد التجارية اذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على مائة جنيه او كان غير محدد القيمة ، فلا تجوز شهادة الشهود فى اثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق او نص يقضى بغير ذلك » .

(٢) يتوجبه اليمين الحاسمة ونكول الخصم عن حلفها ، أو الاثبات بغير الكتابة فى أحوال الاعفاء من تقديم الدليل الكتابى عند لزومه ، او وجود بداية ثبوت بالكتابة — أنظر مؤلفنا عن الاثبات فى المواد المدنية ، فقرة ٤١ وما بعدها .

كما يوجب القانون شهر التصرفات التى ترد على حقوق عقارية ، لترتب آثارها فى نقل أو انشاء أو تعديل هذه الحقوق ، فالبيع الذى ينصب على عقار يجب تسجيله حتى يتم به انتقال ملكية العقار المبيع من البائع الى المشترى ، فان لم يتم التسجيل ، لم ينتقل الحق ، ولكن التصرف الذى تم به البيع يكون صحيحا وقائما منتجا لكل آثاره ، مما يعنى أن التسجيل ليس شرطا لصحة التصرف ، وبالتالى ليس شكلا للانعقاد(٢) •

واذا كان الشكل الذى يوجبه القانون فى التعبير عن الارادة ، شكلا لازما لقيام التصرف (أى شكلا للانعقاد) ، فانه يكون ركنا للتصرف القانونى ، بمعنى أنه ان تخلف فان التصرف يكون غير موجود فى نظر القانون أى يكون باطلا • ولكن اتمام الشكل المطلوب ، من ناحية أخرى ، لا يغنى عما يلزم لقيام التصرف من شروط أخرى ، كسلامة الارادة وأهلية صاحبها ومشروعية غايتها فالشكل فى التعبير عن الارادة فى القوانين الحديثة ليس شرطا كافيا يغنى عن الشروط الاخرى لصحة التصرف القانونى وهى سلامة الارادة ومشروعية غايتها • ويحملنا على التنبيه الى ذلك أن الشكل فى بعض القوانين القديمة ، كالقانون الرومانى ، كان شرطا كافيا ، بمعنى أن توافره كان يقصى كل بحث عن وجود الارادة أو صحتها ، فيعتبر التصرف قائما ، لمجرد اتمام الشكل ، ولو كانت الارادة معيبة أو كانت غايتها غير مشروعة • ذلك أن الشكلية فى القوانين الحديثة شكلية هادفة ، يشترطها القانون فى بعض الاحوال بقصد حماية الافراد أو تحقيق الاستقرار فى التعامل ، وهى من ناحية أخرى شكلية منطقية لان القانون يفرض الشكل كشرط قانونى فى الارادة تتوقف عليه صحتها كتصرف قانونى ، ومع ذلك لا ينظر اليه الا على أنه وسيلة لاظهار الارادة ، أى للتعبير عنها ، اذ

---

(٢) انظر مؤلفنا عن البيع ، فقرة ٥٣ وما بعدها .

تظل الارادة ، دون التعبير ، جوهر التصرف القانونى(١) •

والاحوال التى يفرض فيها القانون الحديث شكلا للتعبير عن الارادة كشرط لانعقاد التصرف ، تعتبر استثناءات على مبدأ الرضائية السائد فيه ، ونستطيع أن نضرب لهذه الاستثناءات أمثلة فى القانون المصرى ، بالهبة(٢) ، والرهن الرسمى ، وتلزم لهما الكتابة الرسمية ، والشركة ، وتلزم لها الكتابة العرفية ، والزواج الاسلامى ، ويلزم فيه حضور شاهدين •

واذا لم يكن القانون يستلزم فى التصرف شكلا خاصا للتعبير عن الارادة ، كشرط « للانعقاد » ، فانه يكون تصرفا رضائيا يصلح التعبير عن الارادة فيه بأية صورة أو بأية وسيلة ، ولكن قد يتفق أطراف عقد على أن التزامهم النهائى بأحكام العقد يتوقف على اتمام شكل معين ، كافراغ العقد فى محرر رسمى مثلا ، فهل يؤدى مثل هذا الاتفاق الى تحويل التصرفات من رضائية الى شكلية ويصبح تخلف الشكل المشترط عيبا فى التصرف يؤدى الى بطلانه ؟

الواقع أن الشروط التى تلزم فى التصرف ويؤدى تخلفها الى عيبه وبطلانه لابد أن يكون مصدرها القانون ، ولا يمكن للاتفاقات بين الافراد أن تأخذ مكان القانون فى تحديد شروط التصرف ، ولذا فليس

---

(١) على خلاف الحال فى الشكلية البدائية التى كان استلزامها قائما على الاحساس بلزوم الاجراءات الطقسية لترتب الآثار القانونية ، وكان مجرد اتمام الشكلية كافيا لوجود التصرف دون حاجة الى البحث عن نية المتصرف أو قصده .

(٢) ورغم اشتراط الرسمية فى الهبة ، فان القانون يقضى فى المادة ٤٨٨ مدنى بأن هبة المنقول تتم بالقبض دون حاجة الى الرسمية ، وعندئذ تنقلب الى تصرف عينى . كما أن المادة ٤٨٩ تجعل تنفيذ الهبة الباطلة بسبب تخلف الشكل الرسمى ، من الواهب أو ورثته ، وفاء صحيحا لا يجوز الرجوع فيه . ويفسر الفقه هذا الحكم على أساس الالتزام الطبيعى . انظر مؤلفنا عن البطلان ، فقرة ١١٠ .

فى قدرة الافراد باتفاقهم أن يحولوا العقد الذى يبرمونه من رضائى الى شكلى ، فالاتفاق على افراغ العقد فى محرر رسمى ، لا يؤدى الى جعل الرسمية شرطا فى تعبير أطرافه عن ارادتهم ، يترتب على تخلفه البطلان ، أى أن الاتفاق مع ذلك صحيح ، واذا كان أطرافه قد علقوا التزامهم النهائى بالعقد على اتمام هذا الشكل ، فانهم لا يلتزمون نهائيا الا بعد اتمام الرسمية المشترطة بينهم ، لا على أساس عدم صحة الارادة بل على أساس أن هذا الاتفاق يؤجل تمام التراضى على العقد الاصلى بينهم ، فيجعل انعقاد العقد ، وبالتالى تحقق الالتزام النهائى به ، منوطا بهذه الكتابة الرسمية . وعلى ذلك فعدم ترتب الالتزام قبل اتمام الشكل المتفق عليه فى هذه الحال ، لا يرجع الى أن الاتفاق يضيف شرطا الى شروط الارادة ، يترتب على تخلفه عيب الارادة وبطلانها ، وانما يرجع الى أن الاتفاق يعنى تعليق الطرفين التزامهما بالعقد على اتمام هذا الشكل ، وأن كلا منهما يظل حرا فى العدول عن اتمام الاتفاق قبل تحقق هذا الشرط ، أى أن الاتفاق على الشكل فى ابرام عقد رضائى يعنى ارجاء التزام أطرافه به حتى يفرغ اتفاقهم فيه ، فهو يتعلق بالتراضى ، أى بالتوافق بين الارادتين ، وليس متعلقا بشروط الارادة أو التعبير عنها(١) .

٢ — سلامة الارادة (الرضـا)

٢٦ — عناصر هذه السلامة :

الارادة التى يرتب عليها القانون ، الآثار القانونية التى تتجه اليها ، أى الارادة التى يعتبرها تصرفا قانونيا صحيحا ، لابد أن تكون ارادة جديرة بذلك ، وهى تكون كذلك : ان كانت مبنية على معرفة كافية بكل الظروف التى تجعل صاحبها قادرا على حسن الاختيار بين الاقدام

---

(١) انظر مؤلفنا عن البطلان ، فقرة ٤٦ .

على التصرف ، والاحجام عنه ، فى ضوء وزن صحيح لمصالحه المـاديه والادبية ، وكذا ان كانت صادرة بناء على اختيار حر •

فالارادة التى تصلح لان تكون تصرفا قانونيا ، يجب أن يتوافر فيهـــا :

(أ) أن تكون ارادة متنورة ، أى أن تصدر بناء على معـرفة كافية بكل ظروف المعاملة التى تشارك فى اتمامها ، غــير مدفوعه الى ابرام التصرف بأى وهم (غلط) يقع فيه صاحب هذه الارادة ، سواء من تلقاء نفسه أو نتيجة للتدليس والحيـل التى تعرض لها ، والتى باشرها ضده أشخاص آخرون •

(ب) أن تكون ارادة حرة ، أى أن تتجه الى ابرام التصرف غير مدفوعة الى ذلك بضغط غير مشروع ، يكره صاحبها على اصدارها تجنبا للاذى المهدد به ، فهذا الاكراه يجعل اختيار التصرف فى هــذه الحال من جانب صاحب الارادة ، اختيارا تعوزه الحرية ، لانه اختيار للاذى الاخف دفعا للاذى الاشد •

والارادة التى تكون مشوبة بالغلط أو الاكراه ، تكون غير صالحة ، فى نظر القانون ، لان تترتب عليهـا الآثار القانونية التى تتجـه الى احداثها اذا تمسك صاحب الارادة المعيبـة بعيبهـا وأثبت تحقق هذا العيب(١) •

على أنه فى بعض الاحوال قد يجـد القانون فى بعض مظاهـر أو علامات معينة تتحقق فى معاملة يبرمها أحد الاشخاص ، أو فى حال هذا الشخص نفسه ، مرجحا لاحتمال وقوع عيب فى الارادة التى تمت بها المعاملة أو فى الارادة التى يصدرها هذا الشخص ، فيتخذ هــذه

---

(١) ولذا يمكن ان يسمى كل من الغلط والاكراه عيبا « ثابتا » للارادة ، أى واجب الاثبات •

المظاهر أو العلامات أساسا لافتراض عيب الرضاء ، أى اعتبار الارادة معيبة ، بعيب يفترض وجوده ولكنه لا يحدده ، أى لا يبين ان كان يفترض أنها ارادة صادرة بناء على غلط أو اكراه ، فالقانون يستند الى عدم التعادل الفاحش بين ما يعطى الشخص وما يتلقاه فى معاملة من المعاملات ، أى يستند الى ظهور الغبن فى المعاملة ، ليأخذ من ذلك أساسا لافتراض عيب رضاء الطرف المغبون فى هذه المعاملة ، وذلك فى تنظيم الطعن فى التصرف القانونى بالاستغلال أو الغبن ، كما أن القانون يتخذ من صغر سن الشخص أو ضعفه العقلى ، أو سوء تصرفه بما يخالف المعقول والمعتاد ، أساسا لافتراض عيب ارادة من تتحقق فيه هذه الامور ، ويقرر بالتالى عدم قدرته على ابرام التصرفات القانونية ، بسبب عدم سلامة ارادته • وقد يجعل القانون اصابة الشخص ببعض العاهات أو عجزه الجسمانى ، أساسا للشك فى مقدرته على اصدار ارادة سليمة يعتد بها قانونا •

وهذا هو ما أخذ به القانون المدنى المصرى فى اعتبار الاستغلال (الغبن) عيبا فى الرضاء ، وكذا فى تقرير فقدان أهلية صغير السن أو الحجر على المصاب بعارض من عوارض الاهلية (الجنون والعته والسفه والغفلة) ،أو فى جعل العجز الجسمانى والاصابة ببعض العاهات سببا فى نقص أهلية الاداء فى بعض الاحوال • ولذا نستطيع أن نعتبر الاستغلال (الغبن) وفقدان أهلية الاداء (لاى سبب يؤدى الى ذلك) من صور عيوب الرضاء (أو الارادة) التى ندرسها فى كلامنا عن سلامة الارادة •

٢٧ — عيوب الارادة — تعداد :

وعلى ذلك تكون العيوب التى تلحق الارادة ، والتى ندرسها فى كلامنا عن سلامة الارادة هى :

١ — الغلط والتدليس •

٢ — الاكراه •

٣ — الاستغلال (الغبن) •

٤ — فقدان الاهليـة •

واستلزام سلامة الارادة بمعنى خلوها من العيوب السابقة كشرط للتصرف ، أى جعل عيوب الارادة من أسباب بطلان الارادة كتصرف قانونى ، لا يتصور الا مع الاخذ بمبدأ سطلان الارادة ، الذى يقضى بعدم كفاية صدور التعبـير عن الارادة مستكملا شروطه القانونيـة كتعبير ، لترتيب الاثر المقصود بها[١] ، بل يستلزم فى هذا التعبير ، فوق ذلك ، أن يكون مظهرا لارادة جديرة بترتيب ما تقصد اليه من آثار ، بأن تكون ارادة متنورة وحرة ، ولهذا فان نظرية عيوب الارادة أو عيوب الرضاء نظرية لا يتصور قيامها الا فى القوانين الحديثة[٢] التى ظهر فيها مبدأ سلطان الارادة •

---

(١) ذلك أن نظرية عيوب الرضاء ، تقتضى أن يؤسس القول بعيب الارادة او سلامتها على تحليل الارادة ، ولم تكن الحال كذلك فى القـوانين القديمة ، كالقانون الرومانى ، الذى وصل فى بعض حلوله الى حماية مصدر الارادة من غلطة أو من التدليس عليه او من الاكراه ، والى عـلاج بعض حالات الغبن ، ولكن تنظيم هذه الحماية فيه لم يكن مبنيا على تحليل الارادة وتقرير بطلانها ، بل كان يتم بوسائل غير مباشرة تفترض صحـة الارادة (نظريا) وفقا لأحكام القانون المدنى ، وكانت هذه الوسائل تستند فى أحيان كثيرة الى فكرة الخطأ ، والمسئولية ، وهى فكرة غريبة عن نظرية عيوب الرضاء المبنية على تحليـل الارادة ، ولذا يجب تخليص هذه النظـرية فى القوانين الحديثة من البقايا الرومانية المرتبطة بالوسائل غـير المباشرة ، وبالأساس التقصيرى (بل والجنائى فى بعض الأحيان) الذى كانت تؤسس عليه هذه الوسائل ، وهذه البقايا ما زالت تظهر فى الشروح الفقهية ، وفى التنظيم التشريعى لبعض عيوب الرضـاء . انظر مؤلفنا عن البطـلان ، فقـرة ٦٩ •

(٢) وقد كان من المتصور ان تنشأ النظرية فى القانون الكنسى ، ولكنها مع ذلك لم تنشأ فيه ، ولذا يذهب البعض الى ان هذه النظرية لم تنشـأ الا فى قانون نابليون ، انظر مؤلفنا عن البطلان ، الموضع السابق •

ويلاحظ أن اعتبار الارادة غير صالحة لتكون تصرفا قانونيا بسبب ما يلحقها من عيوب ، يقصد به حماية المتصرف صاحب الارادة المعيبة ، وذلك بفتح السبيل أمامه للتخلص مما التزم به بارادته ، اذا تبين أنه لم يعبر عن قصده الى الالتزام الا بسبب ما وقع فيه من غلط أو ما تعرض له من اكراه • ويظهر أثر اعتبار عيوب الرضاء وسيلة لحماية صاحب الارادة المعيبة فى قواعد التمسك بهذه العيوب ، وقصر حق التمسك بها لابطال التصرف على صاحب الرضاء المعيب ، كما سنرى فى الكلام عن البطلان •

ومن ناحية أخرى فان اختلال شرط سلامة الارادة ، بتحقق عيبها وتمسك صاحب الحق بهذا العيب ، يقتضى القول بأن الارادة المعيبة تعد غير قائمة فى نظر القانون ، لأن تخلف هذا الشرط يعنى تخلف الوجود القانونى للارادة ، كتصرف قانونى ، فارادة الغالط أو المكره أو المستغل أو فاقد الاهلية ، ارادة لا يرتب القانون عليها الآثار المقصود بها (متى تم التمسك بعيبها ممن له الحق فى ذلك) ، وهذا لا يفهم الا على أساس اعتبارها « منعدمة » فى نظر القانون • ويحملنا على تأكيد هذه المسألة الواضحة ، أن بعض الفقه يرى أن عيب الارادة لا يؤدى حتما الى انعدامها ، ويذهب الى أن عيب الارادة بأحد عيوب الرضاء لا يمنع من قيامها كارادة وان كانت ارادة معيبة ، ليست لها ، نفس قيمة الارادة الصحيحة[1] • ولكن بعض الفقهاء الآخرين يجد أنه لا فرق بين عيب الارادة وتخلفها تماما ، لانها فى الحالين منعدمة فى نظر القانون ، والواقع أن القول بوجود الارادة رغم أنها معيبة ، وقوف عند وجهة نظر نفسية ، لا قانونية ، فوجود الارادة قانونا يتوقف على اكتمال شروط يحددها القانون فى العمل الارادى ، فاذا تخلف أحد هذه الشروط استحال هذا الوجود القانونى ، وما يمكن أن

---

(١) ريبير ، القاعدة الخلقية ، فقرة ٤١ ، وسافينى ، القانون الرومانى ج ٢ ، ص ١١٤ •

يقال به دن وجود فعلى أو واقعى للارادة لا أهمية له ، لان الاهمية فى صدد التصرف القانونى هى لوجود الارادة فى نظر القانون[١] •

ونتناول فيما يلى ، كلا من عيوب الارادة ، كما عددناها فيما سبق ، بكلمة نبين فيها معناه والشروط التى يجب توافرها فيه ليعتبر عيبا يخل بسلامة الارادة ويؤدى الى بطلان التصرف القانونى •

٢٨ — (أ) الغلط والتدليس :

يدرس الغلط والتدليس ، عادة ، باعتبار كل منهما عيبا مستقلا للرضاء ، أو للارادة ، ولكننا نعتبرهما عيبا واحدا ، ذلك أن العيب الذى يلحق الارادة منهما معا هو الغلط ، وان كان غلطا تلقائيا فى حال « الغلط » ، أى غلطا يقع فيه الغالط من تلقاء نفسه دون أن يعمل شخص آخر على ايقاعه فيه ، أما فى حال التدليس فالغلط يكون نتيجة لاعمال أو حيل يباشرها شخص آخر بقصد ايقاع صاحب الارادة فى الغلط ، ورغم اختلاف الوسائل التى تؤدى الى عيب ارادة المعبر عن ارادته ، فان العيب فى الحالتين هو فقدان التنور أو الغلط ، مما يبرر جعلهما معا عيبا واحدا من عيوب الارادة ودراستهما معا على هذا الاساس •

ورغم اعتقادنا أن الغلط والتدليس ، كعيبين للارادة ، هما شىء واحد ، وهو ما نظهره بوضوح من عرض شروط كل منهما ومعناه ، فاننا نتكلم عن كل منهما على انفراد بادئين بالغلط أو ما نسميه الغلط التلقائى •

---

(١) مؤلفنا عن البطلان ص ٢٠٨ وهامش ص ٢ • وستظهر اهمية بيان أثر العيب على الارادة فى كلامنا عن البطلان كجزاء لتخلف شروط التصرف القانونى ، وما يقال به من أنواع لهذا البطلان •

٢٩ ـ اولا : الغلط التلقائى :

يعرف الغلط عادة بأنه توهم غير الواقع ، أو التصور الذى لا يطابق الحقيقية ، ولكن هذا تعريف عام للغلط لا يقتصر على الغلط الذى يعيب الارادة التى ينشأ بها التصرف القانونى ، ولذا فمن الافضل أن يعرف بأنه وهم يقع فيه شخص فيكون الدافع الى أن يقبل هذا الشخص على ابرام تصرف قانونى ، بسبب أهمية المسألة التى حدث الوهم بشأنها(١) •

وهذا الغلط يعيب الارادة ، لانه يعنى أن ارادة الغالط ليست وليدة الرغبة المبنية على تقدير صحيح لعوامل الاقدام على ابرام التصرف أو الاحجام عن ذلك ، ومثل هذه الارادة لا يجعلها القانون ، لمصلحة الغالط ، صالحة لانتاج الآثار المقصودة بها ، فهو يوجب أن تكون الارادة التى يجعل لها هذا الاثر صادرة عن تنور كامل وعلم تام بكل ظروف المعاملة التى يقدم عليها المتصرف •

ولكن يلاحظ أنه ، من ناحية أخرى ، لا يتصور أن يقضى القانون باعتبار الغلط عائبا للارادة فى كل الاحوال ، أى بلا قيد أو شرط ، ذلك أنه ان كانت مقتضيات العدالة توجب أن تكون الارادة التى ينشأ بها الالتزام ارادة متنورة والا كانت باطلة لا ينشأ بها أى التزام ، فان التوسع فى اباحة ادعاء الغلط وهدم التصرف القانونى الذى نشأ بالتعبير عن الارادة ، وحل ما يكون صاحب الارادة المعيبة قد دخل فيه من علاقات عقدية لمجرد ادعائه الغلط ، فيه خطر كبير على استقرار التعامل بالعقد ، وهو أهم وسائل التعامل • ولذا فقد تضافرت جهود الفقه والقضاء والتشريع على وضع القيود والضوابط التى تحدد للغلط ،

---

(١) وهذا التعريف ليس التعريف النهائى الذى ناخذ به للغلط ، فهذا التعريف النهائى لا يمكن الا بعد التحديد الدقيق لشروط الغلط ، ولذا يأتى فى نهاية الدراسة .

باعتباره عيبا للارادة وسببا لبطلان التصرف ، نطاقا يحـول دون أن يصبح أداة لزعزعة المعاملات وعدم استقرارها ، أى أن الشروط التى توضع للغلط العائب للرضاء هى شروط تهدف الى التوفيق بين اعتبارات العدالة وحماية المتصرف ، التى تقتضى فتح باب الطعن بالغلط أمام الغالط ، وبين دواعى الاستقرار التى تحبذ امساك التصرف القانونى رغم وقوع الغلط فى بعض الاحوال •

وقد نظم القانون المدنى المصرى الغلط كعيب للرضاء فى المواد من ١٢٠ الى ١٢٤ تنظيما حاول فيه التوفيق بين الاعتبارين السابقين •

الغلط فى التعبير :

والغلط العائب للارادة هو الوهم الذى يصاحب تكوينها ، أى ذلك الذى يسهم فى تكوين الارادة ويدفع صاحبها الى قبول التصرف ، أى هو الغلط السابق على تكوين الارادة والتعبير عنها ، أما ان كان الغلط لاحقا لتكون الارادة ، بأن كان مجرد غلط الشخص فى التعبير عنها ، كما لو قال ما لا يقصد أن يقوله أو كتب ما لا يقصد أن يكتبه أو أخطأ فى حساب ، فهو غلط مادى يتم تصحيحه وفقا للقصد الحقيقى بعـد اثبات هذا القصد وفقا لقواعد الاثبات دون حاجة الى توافر شروط الغلط التى يضعها القانون للغلط المصاحب لتكون الارادة • وقد نصت المـادة ١٢٣ على هذا الحكم فهى تقضى بأنه « لا يؤثر فى صحة العقد مجرد الغلط فى الحسـاب ولا غلطات القلم ، ولكن يجب تصـحيح الغلط » • ويشبه الغلط المـادى فى هذا الحكم ، الغلط فى نقل التعبير عن الارادة ، كأن يرسل الشخص بهذا التعبير برقية يودع أصلها مكتب البرق ولكنها تصل الى الموجه اليه التعبير مختلفة عن هذا الاصل ، ففى هذه الحالة يكون الاعتداد بأصل البرقية ، ولكن مع قيام حق من أصابه

الضرر من تحريف البرقية ، فى اقتضاء تعويض هذا الضرر من مرفق البــرق(١) •

اقســـام للغلط :

واذا كانت الارادة معيبة لوقوع صاحبهـــا فى الغلط ، فان هذه الارادة تصبح غير قائمة فى نظر القانون ، فلا يرتب عليها ما تقصـــد اليه من آثار ، وقد سبق أن أوضحنا أن الارادة المشوبة بأى عيب من عيوب الرضاء ، هى ارادة منعدمة فى اعتبار القانون •

ولكن أغلب الفقه التقليدى يسير على تقسيم الغلط الى أنواع ثلاثة يجعــل لكل نوع منهـــا أثرا على الارادة يختلف عن أثر النوع الآخر ، وبالتالى تختلف نتيجته على التصرف من حيث صحته أو بطلانه، وأول هذه الانواع وأكثرها شدة هو الغلط المـــانع أو المعـــدم لانه ، كما يقول الفقه ، يعدم الرضاء ، ومثله الغلط الواقع فى ماهية العقـــد أو طبيعته ، كما لو كان أحد الاشخاص يسلم لآخر شيئا كوديعة لديه وظن الآخر أنه يهبه له ، أو اذا كان الغلط فى ذاتية محل العقد كمـــا لو ظن المشترى أنه يشترى منزلا معينـــا وكان البائع يبيعـــه منزلا آخر(٢) • والنوع الثانى من الغلط هو الغلط العائب للرضاء ، وهو الذى

---

(١) كما لو أرسل صاحب فندق الى مكتب سياحة ردا على طلب حجز اماكن به لعملائه برقية يقول فيها « الاماكن المطلوبة غير متوافرة » فنقلها عامل البرق « الاماكن المطلوبة متوافرة » ، فاصل البرقية يعفى صـــاحب الفندق من الالتزام بايواء النزلاء ، ولكن يحق للمرسل اليه أن يقاضى مرفق البرق لمطالبته بما اصيب به من ضرر بسبب هذا الغلط فى نقل نصها .

ويلاحظ ان الغلط فى التعبير عن الارادة أو نقلها يعتبر من صور الغلط كعيب فى الارادة فى القانون الالمـــانى ، انظر فى ذلك بحث د. عبد الودود يحيى عن نظرية الغلط فى القانون المدنى الالمانى ، مجلة القانون والاقتصاد، السنة ٣٩ العدد الثانى ص ٤١٠ وما بعدها .

(٢) أو كان الغلط فى سبب العقد ، انظر المراجع المشار اليها فى مؤلفنا عن البطلان ، ص ٢١١ هامش ٢ .

يقع فى مادة الشيء ، كما لو كان يشترى اناء يظنه من الفضة وهو من معدن أبيض رخيص ، أو يقع فى شخص من يتعامل معه اذا كان هذا الشخص محل اعتبار ، كما لو كان يتفق على مقاولة مع من يظنه مهندسا مؤهلا وهو فى الحقيقة معمارى من ذوى الخبرة ، وهذا النوع الثانى من الغلط لا يعدم الارادة ولكنه يجعلها معيبة ، أما النوع الثالث من الغلط فهو لا يؤثر على الارادة ولا يفسد الرضاء وهو الغلط الذى ينصب على الباعث الى ابرام التصرف (كمن يستأجر دارا فى مدينة لاعتقاده أنه نقل اليها وهو لم ينقل) ، أو فى قيمة ما ينصب عليه تصرفه (كأن اعتقد أنه يساوى مائة وهو يساوى مائتين ، أو العكس) أو فى صفة غير جوهرية فى المحل (ككون الشيء المبيع من صناعة مدينة معينة) ، أو فى صفة فى شخص من يتعامل معه اذا لم تكن شخصيته محل اعتبار (كما لو كان هذا الشخص بائعا أو مشتريا بالنقد ، فشخصه لا أهمية له) .

واذا تركنا النوع الثالث من أنواع الغلط على اعتبار أنه لا يعيب الارادة ، فاننا لا نعتقد ، مع كثير من الفقهاء ، فى صحة التفرقة بين غلط معدم للرضاء وغلط عائب له ، وذلك على أساس أن الغلط فى الصورتين يجعل الارادة غير قائمة فى نظر القانون[١] ، وأن التفرقة بينهما لا تعنى اختلاف أثر كل منهما .

ومن اللازم بعد ذلك أن نعرف الشروط التى يجب توافرها فى الغلط ، حتى يكون عائبا للارادة ، وبالتالى سببا فى بطلان التصرف القانونى .

---

(١) وعلى أساس أن هذه التفرقة لا تتصور الا اذا كان موضوع البحث هو اثر الغلط على التوافق أو الارتباط بين الارادتين فى العقد ، لا على ارادة الغالط ، انظر بلانيول وريبير وبولانجيه ، جـ ٢ فقرة ١٩٥ .

٣٠ — شروط الغلط :

تحدد شروط الغلط كعيب للارادة ، فى القانون المصرى ، المـادة ١٢٠ من القانون المدنى ، التى تنص على أنه « اذا وقع المتعاقد فى غلط جوهرى جاز له أن يطلب ابطال العقد ، ان كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه» .

ومن هذا النص يتبين أن الغلط العائب للارادة يجب أن يتوافر فيه الشرطان الآتيان :

الشرط الأول : أن يكون غلطا جوهـريا ، أى على قدر من الاهميـة .

الشرط الثانى : أن يكون من يتعامل مع الغالط (المتعاقد الآخر) على صلة بهذا الغلط .

ونتناول كلا من الشرطين ببعض البيان :

الشرط الاول : ان يكون الغلط جوهريا أى غلطا فى مسألة هامـة كانت ذات تأثير على قرار الغالط بالاقدام على التصرف ، وقد حددت المـادة ١٢١ من القانون المدنى المقصود بالغلط الجوهرى فقضت بأن « يكون الغلط جوهريا اذا بلغ حـدا من الجسامة بحيث يمتنـع معه المتعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط » وقد أوردت المـادة بعد ذلك مثلين للغلط الجوهرى المتعلق بالشىء أو بالشخص ، فنصت على أن « يعتبر الغلط جوهريا على الاخص :

(أ) اذا وقع فى صفة للشىء تكون جوهرية فى اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لمـا يلابس العقد من ظروف ولمـا ينبغى فى التعامل من حسن النية .

(ب) اذا وقع فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد » .

ومن الفقرة الاولى من نص المادة ١٢١ يتبين أن معيار جوهرية الغلط ، هو أن يكون الغلط دافعا الى ابرام التصرف ، أى أن يكون ، كما يقول النص ، من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط ، وواضح من ذلك أن اعتبار الغلط جوهريا يقاس بمدى تأثيره على ارادة الغالط نفسه • ولذلك يقال أن معيار جوهرية الغلط معيار ذاتى أو شخصى •

وبعد أن وضع الشارع هذا المعيار لجوهرية الغلط فى الفقرة الاولى من المادة ١٢١ ، جاء فى الفقرة الثانية بأمثلة للغلط الجوهرى اذا تعلق بالشىء أو بالشخص •

فقرر أنه يكون جوهريا اذا وقع فى صفة للشىء تكون جوهرية فى اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغى فى التعامل من حسن نية • وقد وجد بعض الكتاب أن النص على استلزام جوهرية الصفة « فى اعتبار المتعاقدين » أو وجوب اعتبارها كذلك « لما يلابس العقد من ظروف أو لما ينبغى فى التعامل من حسن النية » يظهر أن الشارع لا يركن فى تقدير جوهرية الغلط فى هذه الحال الى معيار نفسى أو ذاتى خالص بل يجعل جوهرية الغلط مرتبطة بالتقدير المتوقع من الشخص العادى ، ولكن أغلب الشراح لا يرون فى هذا النص خروجا على المعيار الذاتى أو الشخصى للغلط الجوهرى ، ويقولون ، كما تقول المذكرة الايضاحية للنص ، أن الاشارة الى الظروف الملابسة للتعاقد أو حسن النية هى اشارة الى عناصر خارجية أو موضوعية تعين على اثبات جوهرية الغلط فى تقدير الغالط ، أى وفقا للمعيار النفسى أو الذاتى[1] ، فاذا اشترى شخص من تاجر تحفة

---

(١) وقد جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى لنص المادة ١٢١ « ويتضح من ذلك ان تقدير الغلط وان كان قد نيط بمعيار شخصى بحت الا ان تيسير الاثبات قد اقتضى الاعتداد بعناصر مختلفة فيها الشخصى والمادى » ، مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٤٣ . اما الاشارة الى جوهرية الصفة « فى اعتبار المتعاقدين » فيراها اسماعيل غانم خلطا بين شرط الجوهرية وشرط اتصال المتعاقد الآخر بالغلط ، ص ١٩٤ هامش ٢ .

اعتقد أنها أثرية وتبين أنها ليست كذلك ، من حقه أن يثبت غلطه من مجرد تعامله مع تاجر الآثار ، أى أن يتخذ من صفة التاجر قرينة على غلطه ، وهذه القرينة تستمد من ظروف التعامل وما يجب من حسن النية فيه ، لانه كان على التاجر أن ينبه المشترى الى أن التحفة ليست أثرية(١) •

ومن أمثلة الغلط فى الصفة الجوهرية للشىء ، التى عرضت أمام القضاء ، غلط المشترى فى أوصاف قطعة أرض اشتراها ، اذا اعتقد أنها تقع على شارع عام ثم تبين له أنها محصورة من جهاتها الاربع بالاملاك الخاصة ، وغلط من اشترى قماشا على أنه قابل للغسيل ثم تبين غير ذلك ، أو اعتقاد من حول اليه حق من آخر أن هذا الحق مضمون برهن ثم تبين له غير ذلك •

وقد قرر نص المادة ٢/١٢١ أن الغلط فى الشخص يكون عائبا الرضاء اذا وقع فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته وكانت الذات أو هذه الصفة « السبب الرئيسى فى التعاقد » • وأهمية شخص « المتعاقد الآخر » تبدو فى عقود التبرعات بصفة عامة ، فمن يهب مالا لآخر يقصد شخصا معينا بذاته لا أى شخص ، أو يقصد شخصا توافرت له صفات معينة كانت هى الدافع الى اتمام الهبة • كذلك تبدو أهمية شخص المتعاقد الآخر اذا كانت طبيعة المعاملة ولو لم تكن تبرعا تقتضى أن يكون ذا كفاءة أو شهرة خاصة ، كالفنان أو المهنى •

ولكن الغلط المتعلق بالشىء أو بالشخص ليس كل صور الغلط العائب للرضاء ، والنص نفسه يجعل اغلط فيهما صورتين أو مثلين ، دون أن يكون حصرا لحالات الغلط أو تحديدا للموضوع الذى ينصب عليه ، ذلك أنه يكفى أن يكون غلطا جوهريا ، أى دافعا الى ابرام التصرف بصرف النظر عن موضوعه ليكون عيبا مبطلا لارادة الغالط ،

---

(٢) السنهورى ، الوسيط ، نقرة ١٦٨ •

ومن الممكن لذلك أن يقال أن كل غلط يقع فيه صاحب الارادة ويكون عاملا حاسما فى اقباله على التصرف يعد غلطا جوهريا وسواء أكان متعلقا بصفة جوهرية فى الشىء أو فى الشخص أو كان متعلقا بالباعث(١) الى ابرام التصرف أو قيمة المال المتصرف فيه .

وعناية نصوص القانون المصرى بالغلط فى الشىء أو فى الشخص ترجع الى اعتبارات تاريخية ، ذلك أن هذه النصوص متأثرة بأحكام القانون الفرنسى كما وردت فى نصوص القانون المدنى الفرنسى وكما انتهى اليه تفسيرها فى أحكام القضاء وشروح الفقه فى فرنسا ، فى بيان

---

(١) يذهب اسماعيل غانم الى انه يجب ان يبقى اعتبار الغلط فى الباعث ، ولو كان دافعا ، غير مؤثر على صحة الارادة ، ولو كان هذا الباعث معلوما من المتعاقد الآخر ، ويضرب مثلا لذلك أن يشترى شخص سيارة جديدة لاعتقاده أن سيارته أصبحت غير قابلة للاصلاح ، ويفصح عن هذا الباعث للبائع عند الشراء ، ثم يهتدى الى « ميكانيكى » ماهر يستطيع اصلاح سيارته القديمة . ويرى أن اجازة طعن المشترى بغلطه فى الباعث فى هذه الحال للتخلص من شراء السيارة الجديدة ، يهدر استقرار التعامل (ص ١٩٦ وما بعدها) . ولكننا نعتقد ان الغلط فى الباعث ، اذا كا نجوهريا ، اىلولاه لما ابرم الغالط التصرف ، وتحقق بالنسبة لـه الشرط الآخر ، وهو ، كما سنحلله ، ظهور موضوع الغلط فى تعبير الغالط عن ارادته ، يجب ان يكون عائبا للرضاء ، لأنه يعنى ان ارادة المتصرف لم تتجه الى التصرف الا تحقيقا لهذا الغرض ، فهى ارادة معيبة . ومن ناحية اخرى فليس فى التمسك به اهدار لاستقرار التعامل ما دام قد كان واضحا للمتعامل مع الغالط انه لولا اعتقاده بعدم امكان اصلاح سيارته لما اشترى السيارة الجديدة .

وانظر فى اشتراط اتجاه ارادة المتصرف الى اعتبار الباعث شرطا لالتزامه وعلم المتعاقد الآخر بهذا الاعتبار ، مما يفترض معه قبوله ، حتى يكون الغلط فى الباعث عائبا للارادة ، بلانيول وريبير واسمان ، ج ٦ فقرة ١٧٧ .

شروط الغلط المعـائب للرضـاء وخصـوصا فى بيـان معنى الغـلط الجوهرى(١) .

---

(١) ولذا فمن المفيد ان نعرض تطور أحكام القانون الفرنسى فى هـذا الصدد ، كوسيلة لتبرير صياغة نصوص القانون المصرى ، فالمـادة ١١١٠ من القانون المدنى الفرنسى تجعل الغلط عائبا للرضاء وسببا للبطلان اذا وقع على جوهر المحل Substance de l'objet أو اذا وقـع على شـخص المتعـاقد اذا كان شخصـه هـو السبب الرئيسى للتعـاقد La cause principale وهذا يعنى أن الغلط الذى يقع فى غـير جوهر المحل او شخص المتعاقد اذا كان محل اعتبار ، وخصوصا الغلط فى الباعث أو فى القيمة ، لا يؤدى الى عيب الارادة . وقد كان ورود عبارة جوهر المحل فى نص المـادة ١١١٠ سببا فى أن يتجه الفقه فى البداية الى معيار مادى فى القـول بوجـود الغلط ، فنسر كلمـة Substance على انها مادة الشىء او الخصائص التى تدخل الشىء فى جنس معين وتميزه عن الاجناس الاخرى ، وكان مثال الغلط الجوهرى فى هذا الفقه أن يشترى شخص شيئا يعتقد انه مصنوع من الذهب فيتبين انه مصنوع من النحاس . ولكن هذا المعيار المـادى لم يظل مأخوذا به فى الفقه الفرنسى بل تطـور معنى الغلط الجوهرى فى هذا الفقه ، فأصبح المقصود به الغلط فى الاوصاف الرئيسية التى اعتبرها المتعاقدان أو احدهما والتى ما كان التعاقد يتم على هذا الشىء دون توافرها ، وذهب الفقه الى أن المقصود بجوهر المحـل (أو الشىء) هـو الصـفات الجوهـرية للمحـل Qualités Substantielles وبذا جعـل للغلط الجوهرى معيـارا شخصيا . أما القضاء الفرنسى فقد سبق الفقه الى الاخذ بالمعيار الشخصى ولم يقف فى قضائه عند الحدود الضيقة التى وضـعها نص المـادة ١١١٠ فرنسى باشتراط وقوع الغلط على المحل (الشىء) أو الشخص بل جعله سـببا للبطلان اذا كان تعاقد الغالط نتيجة لمـا وقع فيه من غلط بحيث انه لم يكن ليقبل التعاقد لو لم يقع فى هذا الغلط ، اى انه جعل الغلط العائب للرضا ، هو الغلط الدافع الى التعاقد بصرف انظر عما ينصب عليه هذا الغلط ، فقضى بأن غلط المقاول فى طبيعة الارض التى تعهد باقامة منشآت عليها ، يجيز له أن يتخلص من التزامه باقامة هذه المنشـآت ، بالطعن بالغلط ، وكذا قضى بأن غلط المشترى فى تقدير عدد عملاء المحل التجارى واهميتهم ، يعتبر غلطا جوهريا يبيح للمشترى طلب البطلان اسـتنادا الى الغلط . ومعيار الغلط بهذه الصورة يسمح كذلك بالابطال للغلط فى حال شراء لوحة باعتبارها لوحة لفنان مشهور ثم تبين انها لفنان مغمور له اسم مشابه اذا

الغلط فى القـــانون :

والغلط الذى يعيب الرضاء يكون عادة غلطا فى واقعة أو فى عـدد من الوقائع ، كالغلط فى صفة الشىء أو الشخص أو فى الباعث ، ولكن من الممكن أن يكون غلطا فى حكم القانون ، أى تصورا له على غـير حقيقته ، وفى هذه الحال يعتبر غلطا عائبا للرضاء ما دام جوهريا أى ما دام هو الدافـع الى التصرف بحيث لولاه لمـا أقدم الغـالط على ابرامه . وهذا هو ما تقضى به المـادة ١٢٢ من القانون المدنى التى تنص على أن يكون العقد قابلا للابطال لغلط فى القانون ، اذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقا للمادتين السابقتين هذا ما لم يقض القانون بغيره . فاذا نزل شخص عن نصيبه فى أعيان تركة يرث فيها الى الورثة الآخرين نظير مقابل نقدى (وهو الاتفاق المسمى بالتخارج)

= لم يكن المشترى ليقدم على شرائها لو علم الحقيقة ، وكان من نتيجة الاخذ بهذا المعيار الشخصى للغلط أن اصبح شرط الاندفاع الى التصرف بتأثير الغلط شرطا عاما للغلط فى الشىء او فى الشخص على خلاف ما يوحى به نص المـادة ١١١٠ من قصره على حال الغلط فى الشخص ، واصبح شرط الغلط ليكون سببا للبطلان أن يتعلق بوقائع تبلغ من الأهمية فى نظر الغالط انه لو عرف الحقيقة فيها لمـا اصدر ارادته ، بصرف النظر عن موضـوع الغلط ، فاصبح الغلط عائبا للرضاء ولو انصب على الباعث او القيمة . وعن الفقه والقضاء الفرنسيين نقل المشرع المصرى فى نص المـادة ١٣٤ من القانون المدنى السابق حكمه الذى كان يقضى بأن الغلط موجب لبطلان الرضاء ، متى كان واقعا فى اصل الموضوع المعتبر فى العقد ، دون أن يشير الى الغلط فى المحل (الشىء) أو الشخص ، كالنص الفرنسى . ثم جاءت المـادتان ١٢٠ و ١٢١ من القانون المدنى الحالى الصادر سنة ١٩٤٨ ، نحددتا معنى الغلط الجوهرى بالصورة التى يحدده بها المعيار الشخصى ، أى دون تحديد لموضوع الغلط ، ولكن المـادة ١٢١ عادت الى ذكر صورتى الغلط فى الشىء وفى الشخص كمثلين للغلط الجوهرى ، ولا تفهم عناية النص بالاشارة الى هاتين الصورتين الا فى ضوء التطور التاريخى لأحكام الغلط فى القانون الفرنسى كما بدا من هذا العرض الموجز . وانظـر مؤلفنا عن البطلان فقرة ٧٣ .

... أنه يرث ثمن التركة ، جاهلا حكم القانون الذى يجعل نصيبه ربع التركة لا ثمنها ، فانه يستطيع أن يطعن فى رضائه على أساس غلطه فى حكم القانون ، الذى أدى الى قبوله لمقابل نقدى لا يتناسب مع نصيبه الحقيقى(١) .

ولا تعارض بين اعتبار الغلط فى حكم القانون عائبا للرضاء فى الصورة السابقة ، وبين المبدأ الذى يقضى بعدم جواز الاعتذار بجهل القانون ، ذلك أن استناد الوارث الى جهله بالقانون يهدف الى اعمال حكم القانون لا الى استبعاده ، والاعتذار الممنوع بجهل القانون هو ، كما يقول الفقه ، الاعتذار الذى يهدف الى استبعاد حكم القانون(٢) .

---

(١) ومن أمثلة الغلط فى القانون التى يضربها الفقه تعهد شخص بوفاء ما يظن انه ملتزم به ، والحقيقة ان التزامه طبيعى لا يجبر على الوفاء بـه (صفة جوهرية فى الشىء) وهبة رجل لمطلقته مالا وقد راجعها بعد انتهاء العدة ، جاهلا أن الرجعة لا تصلح بعد انتهاء العدة (غلط فى صفة الشخص) . او تعهد الوارث بوفاء دين على التركة وفقا للقانون المصرى ، ثم يتبين له أن القانون الواجب التطبيق عليها قانون آخر لا يجعلها مدينة بهذا الدين (غلط فى الباعث) — انظر السنهورى — الوسيط ، فقرة ١٧٤ .

(٢) ونحن نعتقد ان اجازة الطعن ببطلان التصرف القانونى للغلط فى القانون ، لا تخالف مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ، فالطعن بالغلط فى القانون لا صلة له بتطبيق القانون المغلوط فيه او عدم تطبيقه ، اذ أن الجهل بالقانون فى حال الغلط فى حكمه ، هو مجرد عامل من العوامل التى تدفع الغالط الى الاقدام على التصرف الذى يعبر عنه ، بالصورة التى تم بها ، فاذا كان الجهل بالقانون عاملا حاسما فى رضاء الغالط بالتصرف ، تحقق فيه شرط جوهرية الغلط العائب للارادة وكان لمن وقع فيه أن يطعن فى تصرفه للغلط ، كما لو كان غلطه فى واقعة من الوقائع لا فى حكم القانون. والواقع أن القاعدة او القواعد القانونية المغلوط فى حكمها ، لا يمكن أن تختلف ، من حيث تأثير الجهل بها على الارادة ، عن اية واقعة من الوقائع ، بل ان حكم القانون بالنسبة للغالط ، هو بمثابة واقعة ، يترتب على الغلط فيه ، ان كان جوهريا عيب الارادة « بعدم التنور » كما لو كان الغلط الجوهرى الذى شاب رضاءه غلطا فى واقعة من الوقائع الملابسة للتصرف .

وانظر مؤلفنا عن اصول القانون ، فقرة ٧٠ وهامش ١ ص ٢١٣ .

ولذا لا يقبل الاستناد الى الغلط فى القانون ان كان مقتضى قبول الطعن بالغلط هو استبعاد حكم القانون ، كما لو طلب مقرض ابطال القرض الذى منحه لآخر نظير فائدة تزيد عن الحد الاقصى للفائدة الاتفاقيــة (وهو ٧٪) ، على أساس أنه كان يجهل أن القانون يضع هذا الحــد الأقصى وأنه لو كان يعلم به لمـا قبل الاقراض ، وذلك ليتجنب تطبيق حكم المـادة ٢٢٦ مدنى على هذا القرض ، وهى تقضى بانقاص الفوائد فى هذه الحال الى ٧٪ مع ابقاء القرض(١) .

وقد يقضى القانون فى بعض الاحــوال بعدم جــواز الطعن فى التصرف للغلط فى القانون ، ويجب فى هذه الحال رفض مثل هذا الطعن، ولو كان غلطا جوهريا ، أى دافعا للتصرف ، ولو كان مضمون الطعن هو المطالبة بتطبيق حكم القانون واحترامه . ومن الاحــوال التى يقضى القانون فيها بعدم جواز التمسك بالغلط فى القانون للطعن فى الرضاء ، عقد الصلح الذى يتم به الاتفاق على انهاء نزاع بنزول كل من طرفيه عن جزء من ادعاءاته ، اذ تقضى المـادة ٥٥٦ من القانون المدنى بأنه لا يجوز الطعن فى صحته بسبب الغلط فى القانون .

الشرط الثانى : اتصال « المتعاقد الآخر(٢) » بالغلط :

تنص على هذا الشرط الثـانى للغلط ، المـادة ١٢٠ مدنى التى تقضى بأن طلب البطلان ممن وقع فى الغلط الجوهرى ، جائز « ان كان

---

(١) ومن امثلة ادعاء الجهل بالقانون الذى لا يقبل ، الطعن بالغلط على اساس ادعاء المتصرف جهله بالأحكام التى يرتبها القانون على تصرفه والتى لو علمها لمـا اقدم على ابرام التصرف ، انظر اسماعيل غانم ، فقرة ٢٠٥ واحكام القضاء التى يشير اليها ، والأخذ بهذه القاعدة يقتضى القول بأن الاستناد الى الغلط فى القانون كعيب للرضاء ، لا يجوز الا ان كان مضمون الطعن بالغلط هو التمسك بحكم القانون لا استبعاد تطبيقه . وانظر منصور مصطفى ، مذكراته ص ٧٧ .

(٢) المقصود « بالمتعاقد الآخر » هو من يوجه اليه تعبير الغالط ، على افتراض ان هذا التعبير يوجه الى شخص آخر بقصد ابرام عقد ، كما هى

المتعاقد الآخر قد وقع فى هذا الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه » .

وهـذا الشرط يقصد بـه ، كما سبقت الاشارة ، التوفيق بين اعتبارات العدالة ، ودواعى استقرار المعاملات ، بتجنب مفاجأة المتعامل مع الغالط ببطلان لا يدرى عن أسبابه شيئا ، ولكنه من ناحية أخـرى شرط يتعارض مع اعتبار الغلط عيبا فى الارادة . لان شروط الغلط كعيب للارادة يجب أن تكون محصورة فى نطاق ارادة الغالط ، لا تستكمل بشروط تتعلق بارادة أخرى[1] ، والا كان فى هذا خروج عن جعل تحليل الارادة وسيلة كشف ما بها من عيوب .

ونص المـادة ١٢٠ من القانون المدنى الحالى ، لم يكن له مقابل فى القانون السابق ، الا أن حرص الفقه على حمـاية أمن المعامـلات واستقرارها ، بتجنب المفاجأة فى الطعن بالبطلان للغلط ، حفز هـذا الفقه الى اقتراح الوسائل التى تضيق من نطاق الطعن بالغلط ، تحقيقا لهذا الهدف ، حتى فى القوانين التى لا تتضمن نصا على هذا الشرط ، كما هى الحال فى القانون المدنى الفرنسى ، والقانون المدنى المصرى السـابق .

وقد وجد البعض هذه الوسيلة فى ضرورة وقوع طرفى المعاملة فى

الحال الغالبة فى التصرفات القانونية . وقد صيغت نصوص القانون المدنى فى عيوب الرضا بصفة عامة على اساس ان التعبير عن الارادة هو دائمـا يقصد ابرام عقد ، فاستلزمت صلة « المتعاقد الآخر » بالغلط وغـيره من العيوب ، على ما نرى فى دراسة كل منها . واستخدام تعبير « المتعـاقد الآخر » من جانبنا فى عنوان هذا الشرط ، هو مجرد ترديد لتعبير النصوص دون تسليم بصحته المطلقة ولذا وضعناه بين قوسين .

(١) والنظر الى حال « المتعاقد الآخر » ينافى وجوب البقاء فى نطاق الارادة الواحدة لتحديد توافر او عدم توافر شروط صحة الارادة كتصرف قانونى ، ثم انه امر لا يتصور اذا كان التصرف ارادة منفردة ، اى لا يدخل فى تكوين احد العقود .

الغلط وهو ما يسمى بفكرة « الغلط المشترك » ، حتى يمكن للغالط أن يتمسك بغلطه لابطال تصرفه فى مواجهة المتعامل معه ، وبذا تنتفى كل مفاجأة فى البطلان المترتب على عيب الارادة(١) . فاذا اشترى شخص تحفة من متجر آثار ، على أنها تحفة قديمة ، ثم تبين له أنها صناعـة حديثة (تقليد) ، لم يكن له الاستناد الى غلطه فى التمسك بالبطـلان الا اذا كان التاجر غالطا هو الآخر ، أى الا اذا كان يظنها قديمـة . ولكن أغلب الفقهاء لا يوافقـون على تقييـد الغلط العـائب للارادة باشتراط أن يكون مشتركا ، وان اقترحوا لذلك وسائل أخرى ، تتفق فى رأيهم مع ما يذهبون اليه من كفاية الغلط الفردى(٢) .

وأبسط ما اقترح من هذه الوسائل لتقييد الغلط الفردى هو اعمال قواعد المسئولية التقصيرية مع التسليم بأثر الغلط الفـردى ، أى التسليم ببطلان التصرف للغلط ولو كان الطرف الآخـر فى المعـاملة لا صلة له بهذا الغلط عى أية صورة ، لم يقع فيه ولم يعلم به ولم يكن

---

(١) جوسران ، البواعث فى التصرفات القانونية ، فقرة ٦٥ وما بعدها، ويؤيده فى ذلك ريبير فى كتابه عن القاعدة الخلقية ، فقرة ٤٤ ويرى عـدم كفاية الغلط الفردى . ويذهب الى ان نبذ تحليل الارادة كوسيلة للكشف عن عيوبها يفسح مجالا للقاعدة الخلقية ، كاساس للبطلان للغلط .

(٢) ويذهب السنهورى الى ان نظرية الغلط المشترك لا تتفق مـع المنطق أو مع العدالة ، الوسيط فقرة ١٧٥ ، ويلاحظ اسماعيل غانم أن مجرد الاشتراك فى الغلط لا يكفى لتجنب المفاجاة فى البطلان للغلط الا ان كان هذا الاشتراك يقترن بالعلم او استطاعة العلم بالاعتبار الدافع الى التعاقد ، ويضرب مثلا ان يشترى شخص خاتما من تاجر عاديات على انه من الذهب وكان هذا هو الاعتبار الدافع له الى شرائه ، وكان البائع يعتقد هو الآخر أن الخاتم من الذهب على خلاف الحقيقة ، ولكنه كان على غير علم بالاعتبار الذى دفع المشترى الى شرائه ، بل كان يعتقد انه اشتراه لأنه اثرى ، فالغلط مشترك بالنسبة للصفة الرئيسية فى اعتبار المشترى وهى ان الخاتم من الذهب ولكن البائع لا يعلم بأنها الصفة الرئيسية فى نظر المشترى، ويذهب الى عدم جواز الابطال فى هذه الحال ، كما يشـير الى مثـل من القضاء الفرنسى طبق فيه هـذا النظر ، فقـرة ١٠١ وهامش ص ٢٠٠ و ص ٢٠١ .

من السهل عليه أن يتبينه ، مع الحكم على الغالط بتعويض هذا الطرف الآخر عما أصابه من ضرر بسبب ابطال التصرف ، اذا أمكنت نسبة خطأ الى هذا الغالط(١) .

ويشابه ما سبق فى البساطة ، وفى عدم المساس بكفاية الغلط الفردى ، ما قال به البعض من أن تقييد أثر الغلط الفردى يتحقق نتيجة لصعوبات اثبات الغلط ، وهو اثبات ينصب على مسألة نفسية تصعب اقامة الدليل عليها الا بالاستناد الى وقائع مادية خارجية تدل عليها ، وهذه الصعوبة فى الاثبات تغنى ، فى هذا الرأى ، عن أى قيد آخر على الغلط الفردى ، وتكفى لتحقيق الاستقرار المنشود فى المعاملات(٢) .

وذهب رأى ثالث الى أن الغلط العائب للرضاء والمؤدى الى البطلان هو الغلط الفردى ، ولكن بشرط أن يكون مغتفرا ، أى غلطا مبررا ، لم يرتكب الغالط ، بالوقوع فيه ، أى نوع من عدم الحيطة ، أى من الخطأ ، ويبرر ابقاء التصرف صحيحا ، رغم وقوع الغلط غير المغتفر ، بأن مسئولية الغالط عن خطئه تلزمه بالتعويض ، وخير تعويض هو ابقاء التصرف صحيحا لمصلحة المضرور (الطرف الآخر)(٣) .

ورأى أخير ، أخذ به أكثر الفقه الذى يؤيد كفاية الغلط الفردى لعيب الارادة وبطلان التصرف ، يذهب الى أن تقييد الغلط الفردى كسبب للابطال ، يكون باستلزام وقوع الغلط على موضوع يعتبر

---

(١) راى بيدان وبوننوار وديموج — انظر مؤلفنا عن البطلان ، ص ٢١٨ هامش ١ .

(٢) انظر بهجت بدوى ، الالتزام ص ١٩٤ — ١٩٥ والمراجع المشار اليها فى مؤلفنا السابق ، نفس الموضع .

(٣) بلانيول وريبير واسمان ، جـ ٦ فقرة ١٨٠ ويذهب اسماعيل غانم الى انه الراى السائد فى الفقه الفرنسى الحديث ويشير الى أحكام النقض الفرنسية الحديثة التى تأخذ به ، فقرة ٩٧ .

عنصرا فى الاتفاق ، وسواء أكان اعتباره عنصرا فى الاتفاق مرجعه ارادة المتعاقدين أو حكم القانون ، أى استلزام أن يكون موضوع الغلط داخلا فيما يسمونه « النطاق العقدى » Champs contractuel • وقد صاغ بعض أنصار هذا الرأى معنى دخول موضوع الغلط فى النطاق العقدى بالقول بأنه يكون كذلك اذا كان الطرف الآخر فى العقد ، واقعا فى نفس الغلط أو عالما بوقوع الغالط فيه أو من السهل عليه أن يعلم بوقوعه فيه(١) ، وهذه هى الصيغة التى اختارها القانون المدنى المصرى فى المادة ١٢٠ ، لتقييد أثر الغلط الفردى(٢) •

ويلاحظ على الرأى الاول ، أن الزام الغالط بالتعويض مع ابطال العقد ، لا يحقق الهدف المقصود وهو استقرار المعاملات وعدم مفاجأة المتعاقد الآخر بالبطلان ، أما الرأى القائل بأن صعوبة الاثبات تعتبر قيدا على التمسك بالغلط الفردى ، فانه يربط تجنب البطلان بواقعة هى تعذر اثبات العناصر النفسية فى الغلط ، وهذه الواقعة قد تتحقق أو لا تتحقق حسب ظروف الحال • أما تقييد الغلط العائب للرضاء بأن يكون مغتفرا ، أى اشتراط انتفاء « الخطأ » فى الوقوع فى الغلط ، فهو خلط غير سائغ بين نظام المسئولية عن الخطأ ونظرية عيوب الرضاء ولذا فانه رأى غير مقبول(٣) •

يبقى الرأى الاخير ، وهو الذى يذهب الى أن تقييد الغلط الفردى ، بقصد كفالة استقرار المعاملات ، يتحقق باشتراط وقوع موضوع الغلط فى « النطاق العقدى » أى دخوله فيما يتم الاتفاق عليه

---

(١) بلانيول وريبير واسمان ، ج ٦ فقرة ١٧٧ و ١٧٨ •

(٢) أخذا من رأى الاستاذ السنهورى ، فى نظرية العقد ، فقرة ٣٦٩ وانظر الوسيط ج ١ ص ٣٢٧ هامش ١ حيث يعتبر صياغة المادة ١٢٠ توضيحا لفكرة « النطاق العقدى » ، ويفضلها من الناحيتين العملية والقانونية •

(٣) انظر مؤلفنا عن البطلان ، فقرة ٧٦ •

أو فيما يفترض الاتفاق عليه بين الغالط والمتعامل معه ، وهو ما يستنتج من وقوع الطرف الآخر فى الغلط أو علمه به أو سهولة هـذا العلم ، وفقا لصياغة القانون المصرى •

ويمكن أن نبدى على هذا الرأى خصوصا بصياغته فى القـانون المصرى ، الملاحظات الآتية :

١ ــ أنه يمثل رجوعا الى فكرة اشتراك الغلط التى رفضها الفقه ، ما دام ينطوى على استلزام شروط للغلط المبطل ، فى ارادة « المتعاقد الآخر » • ومنطق نظرية عيوب الرضا فى القوانين الحديثة ، يقتضى حصر شروط عيـوب الارادة فى الارادة المعيبـة ، والكشف عن عيب الارادة أو صحتها على أساس من تحليل هذه الارادة •

٢ ــ أنه يفترض أن الارادة تدخل فى تكوين عقد ، ولذا لا يمكن استلزامه فيما يتم من تصرفات بالارادة المنفردة كالوصية ، مما يعنى أنه ليس شرطا عاما للغلط ، وأنه شرط مقصور على الغلط عنـد ابرام العقـــود •

٣ ــ يبدو أن البحث عن عوامل استقرار التعامل فى حال الغلط المبطل ، فى عناصر خارجة عن ارادة الغالط ، غـير ضرورى ، ذلك أن القانون المدنى الالمـانى ، وهو قانون حديث اشتهر بأنه يأخذ بكثير من القواعد التى تهدف الى تحقيق استقرار المعاملات وأمنها ، لـم يشترط للابطال بسبب الغلط أى شرط يتعلق بارادة الطرف الآخر فى المعاملة التى تصدر بشأنها الارادة المشوبة بالغلط ، بل رفض استلزام علم الغير بالغلط أو امكان علمه به ، باعتباره خلطـا بين المبادىء(١) ، وقضى بأن مجـرد وقـوع الغلط يمس الارادة ويعيب التصرف(٢) •

---

(١) سالى : التعبير عن الارادة فى القانون الالمـانى ص ١٢ ، التعليق على المـادة ١١٩ المـانى .

(٢) المرجع السابق ، ص ٤١ على المـادة ١٢١ .

ويبرر بعض الفقه مسلك القانون الالمانى بأنه لا يجعل معيار الغلط معيارا ذاتيا محضا كما فعل القانون المصرى ، بل يضيف اليه عنصرا موضوعيا ، فلا ينظر الى تأثير الغلط فى دفع الغالط شخصيا الى ابرام التصرف وانما يجعله عائبا الرضاء ، اذا كان من شأنه أن يدفع شخصا عاديا الى ابرامه ، وأن هذه الموضوعية فى معيار الغلط العائب للرضاء تغنى عن استلزام أى شرط آخر يهدف الى تحقيق استقرار التعامل . ولكن الواقع أن القانون الالمانى لا يكاد يفترق عن القانون المصرى فى تحديد معيار الغلط العائب للرضاء ، فالمادة ١/١١٩ من هذا القانون تجعل الغلط عائبا للارادة اذا كان دافعا الى ابرام التصرف ، وهو يكون كذلك اذا كان المعبر عن ارادته ما كان ليصدر تعبيره عن ارادته لو كان على علم بحقيقة الاشياء ، وهى نفس عبارات النصوص المصرية ، ولكن النص الالمانى يضيف الى ذلك أن يكون عدم قبول الغالط للتصرف لو عرف الحقيقة على أساس « تقديره الامر تقديرا معقولا » . وهذه الاضافة لا تعنى أن جسامة الغلط تقدر بالنظر الى شخص عاقل ، أى تقديرا موضوعيا ، بل تعنى أن الغلط يكون دافعا اذا كان صاحب الارادة ، منظورا اليه كشخص عاقل ، يمتنع عن ابرام التصرف لو علم بحقيقة الحال ، وهو ما يوجب أن تؤخذ فى الاعتبار كل الظروف الشخصية الخاصة بمن وقع فى الغلط[1] ، ولذلك فاننا نستطيع أن نقول أن معيار جوهرية الغلط (أو معيار تقدير الاندفاع الى التعاقد) فى القانون الالمانى معيار ذاتى يشبه ذلك الذى يؤخذ به فى القانون المصرى ، وبالتالى يمكن الاخذ فى القانون المصرى ، بما أخذ به القانون الالمانى من وسائل تقييد الغلط الفردى ، تحقيقا لاستقرار التعامل .

(١) [illegible] فى القانون الالمانى ، مجلة [illegible] ومؤلفنا عن الغلط [illegible]

واستقرار المعاملات يتحقق فى القانون الالمانى بما تستلزمه المادة ١١٩ من القانون المدنى ، من ضرورة وقوع الغلط على عنصر من عناصر التعبير عن الارادة ، أى على ما يعتبر جزءا من مضمون هذا التعبير ، فالغلط المبطل ، له فى القانون الالمانى شرطان : الاول أن يكون دافعا ، والثانى أن يكون موضوعه فى مضمون تعبير الغالط عن ارادته ، سواء أكان التعبير الصريح أم الضمنى[1] . وشرط وقوع الغلط على عنصر ظاهر فى التعبير يؤدى الى نفس نتائج اشتراط ظهور موضوع الغلط فى النطاق العقدى ، لانه يزيل عنصر المفاجأة فى البطلان للغلط ولو كان فرديا .

ونحن نعتقد أن تقييد الغلط الفردى بما يوفق بين العدالة واستقرار المعاملات ، بتجنب المفاجأة فى التمسك ببطلان التصرف للوقوع فى الغلط ، فى القانون المصرى ، يكون بالاخذ بالحكم الذى يأخذ به القانون الالمانى فى ضرورة ظهور موضوع الغلط فى التعبير عن ارادة الغالط .

وليس من المستحيل التوفيق بين مضمون النصوص فى كل من القانون المصرى والقانون الالمانى ، فى وسيلة تقييد الغلط الفردى ، ذلك أن وقوع « الطرف الآخر » فى الغلط أو علمه به أو استطاعته العلم به وفقا لما تنص عليه المادة ١٢٠ مدنى مصرى ، يمكن أن يعتبر صياغته لشرط ظهور موضوع الغلط فى مضمون التعبير عن الأرادة الذى يأخذ به القانون الالمانى ، فى المادة ١١٩ ، وان كانت صياغة

---

(١) ويقول سالى فى شرح هذا الشرط فى القانون الالمانى : يجب أن يفترض أن الغلط ظاهر على صورة ما ، يؤخذ من سياق التعبير ، لا على معنى أن تصحيح الغلط ينتج بالضرورة من جملة التعبير ولكن على معنى ان اثبات الغلط يكون باديا فى الظروف والملابسات التى تصاحب التعبير عن الارادة ، المرجع السابق ص ١٤ رقم ٥ على المادة ١١٩ المانى وص ١١٢ فقرة ٥٤ على المادة ١٣٣ المانى .

القانون المصرى غير موفقة ، فيما نعتقد ، لانها توحى بأن الغلط لا يعيب الرضاء الا فى التصرفات التى تبرم بهـا العقود ، مع أن الغلط قـد يقع فى تصرفات لا تدخل فى تكوين العقود ، أى تصرفات انفرادية(١) ٠

٣١ — خلاصـة وتعـريف :

ومما سبق نرى أن شروط الغلط كسبب البطلان ، التى تتفق مـع اعتباره عيبا فى الارادة بصرف النظر عن كونها جزءا من عقد ، أو قائمة على انفراد ، ولا تتعارض مع نصوص القانون المصرى ، هى :

(أ) أن يكون الغلط واقعا على غاية جوهرية لصاحب الارادة ، بحيث أنه لو لم يقع فيه ما كان ليقبل التصرف ، وهذا هو شرط الاندفاع الى التصرف نتيجة للغلط ٠

(ب) أن يكون موضوع الغلط (أى الغاية الدافعة الى التصرف) ظاهرا فى مضمون التعبير عن ارادة الغلط ، ويعتبر معيارا لهذا الظهور أن يكون الموجه اليه التعبير واقعا فى نفس الغلط أو عالمـا به أو من السهل عليه أن يعلم به ٠

ويمكننا تعريف الغلط ، فى النهاية ، تعريفا يضم شروطه السابقة بأنه : الوهم الدافع الذى يقع على غاية المتصرف كما تستفاد من تعبيره عن ارادته(٢) ٠

---

(١) ولعل الاحساس بكفاية الغلط الفردى وعدم الحاجة الى اشتراط صلة المتعاقد الآخر به هو الذى كان السبب فى الحملة على نص المادة ١٢٠ حتى الغى ، امام لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، وان كانت اللجنة عادت فقررت ابقاءه بناء على طلب الاستاذ السنهورى — مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٤٤ — ١٥٣ ٠

(٢) يعرفه بهجت بدوى بأنه « تصور الغرض المباشر من التعهد من اجابة الحافز اى الباعث الى التعاقد » — نظـرية العقد ، فقـرة ١١١ ص ١٧٩ ٠

٣٢ — أثر الغلـــط :

اذا ثبت الغلط بشروطه كما ظهرت لنـا ، فان ارادة الغالط تكون ارادة غير صالحة لانتاج الآثار المقصـودة بهـا ، ولكن وقوع الغلط العائب للارادة يقتضي تحقق شرط اندفاع الغالط الى التصرف بتأثير الغلط ، وهذا أمر لا يمكن القول به بغير افصاح الغالط عن اندفاعـه بتأثير الغلط ، واثباته توافر هذا الشرط ، ولا يمكن أن ينسب الغلط الى صاحب الارادة دون أن يتمسك هو بغلطه مثبتا اندفاعه الى التصرف بسبب هـذا الغـلط وأنـه لولاه لمـا أقـدم على التصرف ، لانه أمـر نفسى خالص لا يقرره الا الغـالط ، ولـذا فان البطـلان للغلط ، ككل بطلان لعيب الرضاء ، لا يتقرر الا بناء على تمسك صاحب الرضاء المعيب ، ولذا يسمى فى الفقه بطلانا نسبيا ، كما نرى فى الكلام عن جزاء الاخلال بشروط التصرف القانونى •

هذا ويلاحظ أن المـادة ١٢٤ من القانون المدنى تنص على أنه :

« ١ — ليس لمن وقع فى غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع حسن النية •

٢ — ويبقى بالأخص ملزما بالعقد الذى قصـد ابرامه اذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد » •

فاذا كان ما يعرضه الطرف الآخر على الغالط يكفل تحقيق غايته التى يدعى أن غلطه قد فوتها ، لا يكون هناك مبرر لاصراره على طلب البطلان ، ويكون هذا الاصرار منه متعارضا مع مقتضى حسن النية ، ويعتبر تمسكه بالبطلان عندئذ تعسفا[1] •

---

(١) ويمكن أن تطبق على حق التمسك بالبطلان للغلط معايير التعسف الأخرى المنصوصة فى المـادة ٥ من القانون المدنى ، ولذلك لا يحق للغالط أن يتمسك بالبطلان للغلط اذا كان تمسكه به يهـدف الى مصلحة غـير مشروعة ، أى تتعارض مع النظام العام ، كما لو كان المتصرف قد غلط فى ديانة من يتعامل معه دون أن تكون طبيعة المعاملة تستلزم ديانة معينـة ، وكما لو كان من يدعى الغلط صاحب عمل وانصب غلطـه على النشـاط

٣٣ — (ثانيا) الغلط الناشيء عن الحيل (التدليس) :

يعرف التدليس فى مجال الكلام عنه كسبب لعيب الرضاء بأنه : استعمال الحيل لايقاع شخص فى غلط يدفعه الى اصدار تصرف قانونى ، أى هو الافعال التى يتم بها ايهام شخص بغير الحقيقة لحمله على التعاقد ، ومن هذا التعريف نفسه يتضح أن التدليس ليس هو بذاته عيب الارادة ، وأن العيب الذى يلحق الارادة ، ويبيح الطعن فيها هو الغلط الذى ينتج عنه ، ولذا سميناه باعتباره عيبا للرضاء أو للارادة ، الغلط الناشى عن الحيل(١) .

=

النقابى للعامل الذى استخدمه ، على اساس ان تمسكه بالابطال فى مثل هذه الصورة يتعارض مع كفالة القانون للحرية الدينية والحرية النقابية ، انظر اسماعيل غانم ، فقرة ١٠٣ .

ومنع الطعن بالغلط فى القانون ، من جانب المقرض الذى يدعى انه ما كان ليبرم القرض الذى اتفق فيه على فائدة تزيد عن ٧٪ لو كان يعلم أن القانون لا يسمح بتجاوز هذا السعر الاقصى للفائدة ، يمكن أن يفسر بقاعدة تحريم التعسف فى استعمال الحق ، على اساس ان تجاوز الفائدة الاتفاقية لهذا الحد الاقصى مخالف للنظام العام وان التمسك ببطلان القرض للغلط من جانب المقرض تحقيقا لقصده فى الحصول على فائدة أزيد ، هو استعمال لحق الطعن سعيا الى مصلحة غير مشروعة ، ولذا لا يجوز على اساس الالتزام بعدم التعسف ..

وبهذا التفسير لا تقوم الحاجة الى رد منع الطعن للغلط فى القانون ، فى هذه الصورة ، الى التفرقة بين طعن يهدف الى اعمال حكم القانون فيباح ، وطعن يهدف الى اهدار هذا الحكم او استبعاد تطبيقه ، فيمنع ، كما يذهب الفقه فى تفسير منع الطعن بالغلط فى الصورة الاخيرة ، وانظر ما سبق ص ١٣٦ وص ١٣٧ وهامش ١ ص ١٣٦ ، وكذا هامش ٢ من نفس الصفحة .

(١) وقد كنا سميناه فى أصل مؤلفنا عن البطلان ، وهو رسالتنا للحصول على الدكتوراه التى نوقشت سنة ١٩٥٣ ، « الغلط المستثار » ترجمة للتعبير الفرنسى erreur provoquée ولكننا عدلنا عن هذه التسمية الى تسمية الغلط الناشيء عن الحيل عند طبع مؤلفنا السابق سنة ١٩٥٦ . وقد ظهرت تسمية الغلط المستثار فى بعض المؤلفات بعد ذلك ، انظر مثلا مؤلف أحمد حشمت ابو ستيت — نظرية الالتزام ، المطبوع سنة ١٩٥٤ ، فقرة ١٧١ .

وقد نظم الشارع المصرى هذه الصورة من صور الغلط ، تحت تسمية التدليس فى المادتين ١٢٥ و ١٢٦ من القانون المدنى •

وتنص المادة ١٢٥ على أنه :

« ١ — يجوز ابطال العقد للتدليس اذا كانت الحيل التى لجأ اليها أحد المتعاقدين ، أو نائب عنه ، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى للعقد •

٢ — ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة ، اذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة » •

أما المادة ١٢٦ فتقضى بأنه « اذا صدر التدليس من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب ابطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس » •

وشروط التدليس كسبب لبطلان التصرف القانونى ، كما تؤخذ من النصوص السابقة ، وكما يحددها الفقه هى :

(أ) استعمال طرق احتيالية بقصد الايقاع فى الغلط (الاحتيال)•

(ب) أن يكون الاحتيال سبب اندفاع المدلس عليه الى « التعاقد » (الاندفاع) •

(ج) أن يكون الاحتيال من « المتعاقد الآخر » أو بعلمه أو كان من المفروض حتما أن يعلم به (اتصال الطرف الآخر بالتدليس) •

ونتناول كل شرط منها بالتوضيح والتحليل لنرى ان كانت تضيف جديدا الى شروط الغلط كما عرضناها من قبل ، وبالتالى لنرى ان كان التدليس نظاما يقوم مستقلا كعيب فى الارادة ، كما يؤخذ من النصوص وكما يقول به الفقه ، أو أنه مجرد صورة للغلط كما نراه •

(أ) الاحتيـــال :

الحيل التى تلزم لوجود التدليس ، يقصد بها أية وسيلة تستخدم لايقاع المدلس عليه فى الغلط ، فالاحتيال يتكون من عنصرين ، عنصر أول يوصف فى الفقه بأنه العنصر المـادى ، وهو الافعـال التى ينتج عنها ايهام المدلس عليه بأمر معين ، والعنصر الثانى الذى يوصف بأنه عنصر معنوى ، هو قصد التضليل توصلا الى غرض غير مشروع .

والوسائل التى تتكون منها الحيل غير محددة ، ولا تشترط فيهـا شروط خاصة ، فكل ما يحدث من أفعال أو أقوال ، يترتب عليها وقوع شخص فى غلط جوهرى ، يعد من الحيل التدليسية فى القانون المدنى . وذلك على خلاف الطرق الاحتيالية التى يلزم توافرها لقيام جريمـة النصب فى القانون الجنـائى ، اذ يجب أن تكون طرقا مستقلة تقـوم بذاتها لتسند الكذب ، كانتحال اسم أو صفة أو اصطناع عقـود أو وثائق مزورة ، أما فى التدليس فمعنى الحيل أوسـع منه فى جريمـة النصب ، ولذا يمكن أن يعد الكذب وحده احتيالا يتحقق به التدليس العائب الرضاء ، ولو أنه لا يعد وحده من الطرق الاحتيالية فى النصب ، فاذا كذب شخص على آخر فى تقديم بيانات هامة طلبها منه ، عد الكذب هنا من الحيل المكونة للتدليس العائب للرضاء(١) .

بل ان الكتمان ، أى عدم اعطاء توضيحات معينة متعلقة بموضوع التصرف ، وهو مجرد موقف سلبى من المتعامل مع الغالط ، يعتبر طرقا احتيالية تكفى لتوافر معنى التدليس ، اذا كان من وقع منه الكتمان ملتزمـا بمقتضى القـانون أو حسن النية أو الاتفاق ، بتقديم هـذه

---

(١) وان كان الاصل ان مجرد الكذب لا يعتبر تدليسا الا اذا تبين أن من تم الكذب عليه لا يستطيع معرفة الحقيقة مـع هذا الكذب ، انظـر السنهورى ، الوسـيط هامش ٢ ص ٣٤٦ . ومن امثـلة الكذب المكون للتدليس اعطاء بيانات كاذبة من طالب عمل عن الخدمة السابقة ، أو اعطاء طالب التأمين بيانات كاذبة عن سنة صنع السيارة المؤمن عليها .

التوضيحات(١) • وقد نص القانون على اعتبار السكوت العمد (الكتمان) عن ذكر واقعة أو ملابسة ، فى المادة ١/١٢٥ من القانون المدنى ، من صور التدليس • وأغلب صور التدليس بالكتمان تتحقق فى عقد التأمين ، حيث يلتزم طالب التأمين (المستأمن) باعلان كل عناصر الخطر المؤمن منه ، لشركة التأمين(٢) •

والحيل التى تباشر ضد الشخص لايقاعه فى الغلط يجب أن يكون القصد منها تضليله وصولا الى غرض غير مشروع ، فان لم يكن القصد منها هو التضليل لم يكن الغلط الناشىء عنها عائبا لرضاء من يتأثر بها، فالتاجر يطرى بضائعه عادة بالقول بأنها أفضل السلع (أحسن صنف) ترويجا لها دون أن يكون قصده من ذلك التضليل ، ولذا لا يعتبر كذبه تدليسا ، كما أنه لو وقع التدليس من شخص على آخر ، ليصل بذلك الى ما يكون حقا له قبل المدلس عليه ، غير متجاوز لهذا الحق ، فان ما يقع فيه المدلس عليه من غلط لا يجعل له طلب ابطال رضائه بسبب التدليس، لان مشروعية الغرض الذى استخدم التدليس للوصول اليه ، تقوم على أن المدلس عليه ملتزم قانونا بما تعهد به ولا يستطيع الادعاء بأنه لم يقبل الالتزام الا كأثر للتدليس(٣) •

---

(١) انظر امثلة لذلك فى اسماعيل غانم ، فقرة ١٠٥ ص ٣١٢ وص ٣١٣ •

(٢) ومن امثلة التدليس بالكتمان التى يذكرها الفقه اخذا من التطبيقات القضائية ، ان يصطلح وارث مع مدين للتركة على وفاء جزء من دينه وهو يجهل ان هناك تأمينا يضمن حصوله على كل الدين ، ويكون المدين عالما بغلط الوارث ويكتم عنه أمر هذا التأمين ليقبل النزول عن جزء من الدين ، او ان يبيع شخص منزلا ويكتم عن المشترى انه قد شرع فى نزع ملكيته للمنفعة العامة — السنهورى ، الوسيط ، هامش ٢ ص ٢٤٧ •

(٣) وانتفاء عيب الرضاء فى هذه الحال يرجع الى انتفاء الشرط الثانى من شروط التدليس وهو شرط الاندفاع الى التصرف بتأثير الغلط الناتج من التدليس ، ولا يتعلق فى الواقع بشرط توافر الحيل المسببة للغلط •

وواضح من عرض الفقه لمعنى الحيل ، أن الطرق الاحتيالية المطلوبة ليست لها أهمية فى ذاتها ، ما دام مجرد الكذب أو حتى الكتمان يعد من هذه الطرق ، مع أن الكتمان لا يعنى أكثر من أن « الطرف الآخر » يعلم بالغلط الذى وقع فيه صاحب التصرف وبأهمية هذا الغلط فى قبوله للتصرف ويمتنع مع ذلك عن تنبيهه الى غلطه ، مما يكشف عن أن ما يسمى بالتدليس ليس الا صورة من صور الغلط . ولذا يحق لنا أن نقول أن توسع الفقه والقضاء فى تحديد معنى الحيل فى التدليس ، يعكس الاحساس بأن الاهمية ليست فى وقوع هذه الحيل أو فى القصد منها ، وانما فى عيب الرضاء الذى ينشأ عنها ، أى الغلط .

(ب) الاندفاع :

الشرط الثانى للتدليس ، هو كما تقول النصوص وكما يردد الفقه ، أن تكون الحيل دافعة الى التعاقد ، أى أن تكون من « الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى العقد » ، كما تقضى المادة ١٢٥ مدنى . وتقدير جسامة الحيل ينظر فيه الى تأثيرها فى نفس المدلس عليه ، ولذا يقال بأن التدليس دافع أو غير دافع على أساس معيار ذاتى ، خاص بالمدلس عليه مع اعتبار حالته من الخبرة والذكاء وظروف الحال ، لا على أساس الحكم عليها بأنها حيل جسيمة أو غير جسيمة فى ذاتها ، أى بمعيار موضوعى ، فلا يحكم على تأثيرها على الارادة بالنظر الى الشخص العادى بل الى المدلس عليه شخصياً ، ومعيار المادة ١٢٥ مدنى يشبه فى « شخصيته » معيار الغلط الجوهرى .

ولكن الحق أن الذى يدفع الى ابرام التصرف (أو الى التعاقد كما يعبر الفقه) فى حال التدليس هو الغلط الذى يقع فيه المدلس عليه نتيجة للتدليس ، فقد تبين لنا أن الحيل ليست لها قيمة فى ذاتها ، وأن الا همية تكمن فى عيب الرضاء الذى تحدثه لدى من تباشر ضده ، ولذا يمكن القول بأن المقصود بشرط الاندفاع ، هو أن يكون الغلط الذى يقع فيه المدلس عليه دافعا الى التصرف ، أى أن يكون غلطا

جوهريا ، وهكذا نجدنا مرة أخرى ، فى نطاق الكلام عن شروط الغلط العائب للرضاء ، ونحن نعالج شروط التدليس •

واذا كانت الحيل التى يرتكبها شخص لايقاع آخر فى الغلط تعتبر خطأ من جانب المحتال يترتب عليها شغل مسئوليته بتعويض ما ينتج عنها من ضرر ، فان الزام المحتال بالتعويض أمر مستقل تماما عما يمكن أن يترتب على الحيل التى تصدر منه ، من غلط جوهرى لدى المدلس عليـه ، يؤدى الى بطـلان الارادة • أى أن الحق فى التعويض عن الاضرار حق قد يقوم مع بطـلان الارادة ، وقد ينشأ وحـده اذا لم يتوافر شرط الاندفاع الى ابرام التصرف القانونى نتيجة للحيل •

والتدليس الذى لا يؤدى الى البطلان لانه غير دافع الى التصرف، يسمى فى الفقه التدليس العارض (العرضى) ،ومن الامثلة التى تضرب له أن يحتال بائع منزل على مشتريه لايهامه بارتفاع ريعه توصلا الى رفع الثمن ، مع التسليم بأن المشترى كان سيشـترى المنزل على أى حال ، أى أن التدليس لم يكن ذا أثر فى اتخاذه قراره بشراء المنزل وان أدى الى قبوله ثمنا مرتفعا ، ويقول الفقه أن جزاء التدليس فى هذه الحال هو تعويض المشترى بنقص الثمن بقيمة ما زاد فيه نتيجة للاحتيال(١) •

---

(١) ويشير اسماعيل غانم الى انتقاد التفرقة بين التدليس الدافـع والتدليس العارض والى انها تفرقة تقوم على فصل مصـطنع بين ارادة العاقد مجردة وارادته فى اطار شروط المعاملة ويقول أن الارادة تتجه الى ابرام التصرف بشروطه المحددة . ويرى لذلك ان اختيار التعويض دون الابطال امر يرجع الى المدلس عليه ، ما دام البطلان مقررا لمصلحته ـ فقرة ١٠٨ . ولكننا نلاحظ ان هذا الاختيـار يفترض ثبـوت الاندفاع الى ابرام التصرف بتأثير الغلط الناشىء عن التدليس ، فان لم يكن الغلط دافعا وجب القول باقتصار حق المدلس عليه على طلب التعويض ، وانظر مؤلفنا عن البطلان ، فقرة ٨١ .

ويذهب اسماعيل غانم الى تطبيق المـادة ١٢٤ مدنى التى تمنع جواز

=

(جـ) اتصال « المتعاقد الآخر » بالتدليس :

تفترض المادة ١/١٢٥ مدنى صدور التدليس من « المتعاقد الآخر » أو من نائبه ، ثم تأتى المادة ١٢٦ لتؤكد فى صدرها ضرورة صدور أعمال التدليس من « المتعاقد الآخر » وتقرر حرمان المدلس عليه من طلب الابطال اذا كان التدليس صادرا من الغير « ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس » .

واستلزام صدور التدليس من « المتعاقد الآخر » ، منصوص فى القانون المدنى الفرنسى (المادة ١١١٦) ، ولكن الفقه والقضاء الفرنسيين جعلا التدليس الصادر من « الغير » بمثابة التدليس الصادر من المتعاقد الآخر ، فى حالات اعتبرت استثناء على حكم هذا النص هى :

١ — اذا لم يكن هناك « اتفاق » له طرفان يضلل أحدهما الآخر ، أى اذا كان التصرف يتم بالارادة الواحدة كالوصية والنزول عن الحق .

٢ — اذا كان التصرف المدلس على صاحبه هبة ، على أساس أن الهبة تلزم لها نية تبرع خالصة لا تتفق مع صدورها بناء على التدليس ولو كان هذا التدليس من غير الموهوب له (١) .

٣ — فى المعاوضات اذا صدر التدليس من الغير بتواطؤ مع

=

التمسك بالبطلان للغلط على خلاف ما يقضى به حسن النية ، فى حال التدليس ، وان كان يقتصر ذلك على حال التدليس من الغير — الموضع السابق ، وفى هذا النظر ايضا يظهر الاحساس بوحدة كل من التدليس والغلط .

(١) وعلى أساس أن بطلان الهبة ان كان يحرم الموهوب له من منفعة العقد ، فانه يمنع عن الواهب ضررا أشد . مؤلفنا السابق ، فقرة ٨٠ .

المتعاقد أو اذا كان هذا المتعاقد يعلم به أو فى استطاعته أن يعلم به • وعن الاحكام السابقة ، أخذ الشارع المصرى حكم التدليس الصادر من الغير فى المادتين ١٢٥ و ١٢٦ مدنى(١) •

واستلزام اتصال « المتعاقد الآخر » بالتدليس شرط يقصد به تحقيق نفس أهداف استلزام صلة هذا « المتعاقد » بالغلط ، أى تحقيق استقرار التعامل ومنع مفاجأة حسنى النية ببطلان لا يعلمون ، ولم يكن فى مقدورهم أن يعلموا ، شيئا عن أسبابه • ويمكن أن نفسره كما فسرنا هذا الشرط فى الغلط ، بأنه استلزام لظهور موضوع الغلط الجوهرى الناشىء عن التدليس ، فى مضمون تعبير المتصرف ، عن ارادته ، وأن ما تتطلبه المادة ١٢٦ من علم المتعاقد الآخر بالتدليس أو وجوب علمه به ، هو استلزام لعلمه أو وجوب علمه بالغلط الجوهرى الذى وقع فيه المتصرف نتيجة للتدليس ، أى بالغلط الذى دفعه الى قبول التصرف •

٣٤ ـ عدم الحاجة الى تنظيم التدليس بجانب الغلط :

وتحليل شروط التدليس بالصورة التى عرضناها ، يظهر أن ما يسمى فى الفقه بالتدليس كعيب للرضاء (أو الارادة) هو صورة من صور الغلط • ولذا فلا محل لان يختص بتنظيم تشريعى مستقل • وهذا هو ما اتبعته فعلا بعض التشريعات ، كالقانون البرتغالى والقانون النمساوى(٢) • ولكن المشرع المصرى رأى أن ينظم التدليس بجانب الغلط ، مبررا ذلك بما للتدليس من مزية اليسر فى الاثبات من ناحية :

---

(١) وحكمه يشبه حكم المادة ١٢٣ من القانون الالمانى والمادة ٢/٢٨ من قانون الالتزامات السويسرى •

(٢) انظر السنهورى ، الوسيط ، فقرة ١٨٥ ، وهو يقول ان نظرية الغلط تغنى عن نظرية التدليس •

ومن ناحية أخرى لمــا يخوله من حق مطالبة من صدر منه التــدليس بالتعويض ، ولو مع الحكم بالبطلان(١) •

على أننا نلاحظ أنه لا توجد فى الحقيقة أية فائدة من التنظيــم الخاص للتدليس كسبب لعيب الارادة بالنسبة لهاتين الميزتين ، فمن حيث الاثبات ، لا تنشأ سهولته فى حال التدليس بسبب تنظيمه كعيب للارادة بل ترتبط بطبيعة السبب الذى يحدث الغلط ، وهو الحيــل ، ولا دور لتنظيم التدليس فى تحديد هذه الطبيعــة • ومن حيث الميزة الثانية ، أى حق المطالبة بالتعويض ، فان هذا الحق يستند الى القاعدة العامة المقررة فى القانون المصرى وفى سائر القوانين الحديثة والقاضية بالتزام كل من ارتكب خطأ بتعويض ما ينتج عنه من أضرار ، ولا صلة لتطبيق هذه القاعدة على المدلس ، بالتنظيم التشريعى للتدليس كعيب للرضــاء(٢) •

وقد ذهب البعض الى أن ابقاء التدليس بجانب الغلط ، يســمح بابطال التصرف فى أحوال لا يتيسر فيها الابطال للغلط ، كما لو كان الغلط فى الباعث أو القيمة ، ولكن مثل هذا الكلام لا يفهم الا مع الاخذ بالنظرية التقليدية للغلط التى تفرق بين أنواع له حسب الموضوع الذى يقع فيه الغلط ، والتى سبقت الاشارة اليها ، والتى تذهب الى أن الغلط فى الباعث أو القيمة لا يعيب الرضاء • أما النظرية الحديثة فى الغلط والتى تعتبره عائبا للرضاء بصرف النظر عن الموضــوع الذى ينصب عليه ، ما دام هذا الغلط جوهريا ؛ أى مؤثرا فى ارادة الغالط ودافعا له الى ابرام التصرف ، فانها تسمح بالابطال اذا كان الغلط فى الباعث

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ ٢ ص ١٧٢ وما بعدها •

(٢) أو حتى بالبطلان المترتب على الغلط الناشىء عن التــدليس • وانظر مؤلفنا عن البطلان ، فقرة ٨٢ •

أو فى القيمة، جوهريا(١) ، ومن هذه الناحية أيضا يبدو عدم فائدة تنظيم التدليس ، تشريعيا ، كعيب للرضا مستقل عن الغلط •

على أننا لا نقف عند القول بأن تنظيم الشارع المصرى للتدليس لم يكن ضروريا وأنه مع ذلك عيب خاص للارادة موجـود فى القانون المصرى ، وانما نرى أن تنظيمه لهذه العيب ، لم يضف جديدا الى تنظيم الغلط ، ولم يوجد عيبا جديدا من عيوب الرضاء ، فقـد حللنا شروط التدليس كما وضعتها نصوص القانون فوجدنا أنها :

١ — وقوع شخص يقدم على تصرف قانونى ، فى غلط ، بسبب عمل ايجابى (حيل) أو سلبى (كتمان) من شخص آخر •

٢ — أن يكون هذا الغلط مؤثرا فى رضائه أى دافعـا اياه الى اصدار تصرفه •

٣ — أن يكون موضوع الغلط وأهميته ، ظاهرين فى مضـمون تعبـير الغالط عن ارادته (اذا كان المتعامل معـه عالمـا بذلك أو من المفروض حتما أن يعلم به) •

وهى نفس الشروط التى وضعها القانون الغلط ، ممـا يعنى أن تنظيم التدليس فى النصوص تكرار ، لا لزوم له ، لتنظيم الغلط(٢) •

---

(١) والحيل التى تزيف الباعث او القيمة ، تؤدى الى ظهور اهمية كل منهما فى المعاملة التى تبرم ، وبالتالى فى مضمون تعبير الغالط عن ارادته ، مما يؤدى الى توافر شروط اتصال المتعامل مع صاحب الارادة المعيبـة بالغلط ، وانظر فى هذا المعنى بالنسبة للباعث ، رسالة اجاتشتين تدليس ناقدى الاهلية فى ابرام العقد ، باريس سنة ١٩٢٧ ص ٩٧ •

(٢) ويلاحظ ان صياغة النصوص الخاصة بالتدليس فى القانون المصرى (والقانون الفرنسى والقوانين الاخرى التى تنظمه) صياغة تتأثر بطبيعة التدليس كما كان فى القانون الرومانى ، فالتدليس فى القانون الرومانى كان يسمح للمدلس عليه بالطعن به لا على أساس انه يعيب رضاءه بما ينتج عنه من غلط ، وانما على اعتبار ان الاحتيال خطأ من جانب مرتكب التـدليس ، فمنح الحاكم القضائى (البريتور) المدلس عليه دفع الغش الذى يستطيع

٣٥ — الاكراه — معنـــاه :

اذا كانت الارادة التى يعيبها الغلط ، ارادة يعوزها التنور الذى يستلزمه القانون فيها ليرتب الآثار المقصودة بهـا ، فان ارادة المكره ارادة تعوزها الحرية ، فصاحبها لا يقع فى أى وهم فى موضوع تصرفه، ولكنه يجد نفسه مجبرا على التعبير عن رغبته فى اتمام التصرف دفعا لمـا يهدد به من أذى ، اذا لم يصدر هذا التعبير •

والفقه يسـير على تعريف الاكراه بأنه : الضـغط على شخص ليصدر رضاءه بتصرف تحت تأثير الخوف من أذى يهدد به ، وهـذا التعريف يجعل الاهمية للافعال التى تبعث الرهبة فى نفس من يقع عليه الاكراه وتدفعه الى اصدار تصرفه • ولكن اعتبار الاكراه عيبا للارادة (هو فقدان الحرية) ، يقتضى أن تكون الاهمية فى تعريفه لمـا يدل على هذا العيب ، وهو الرهبة التى تقوم فى نفس من يتعرض للضغط

= ان يتجنب به مطالبة المتعامل معه بالالتزامات التى تعهد بها نتيجة التدليس، كما منحه امرا يستطيع ان يسترد به ما وفاه من هذه الالتزامات ، وكذا منحه دعوى يستطيع ان يطالب بها مرتكب التـدليس بالتعويض عما لحقـه من اضرار ، كانت تسمى دعوى الغش (وكانت دعوى جنائية وجالبة للوصمة) وكانت كل هذه الوسائل غير مباشرة بمعنى انها لم تكن توجه الى التصرف الصادر نتيجة التدليس لابطاله بسبب ما وقع فيه من عيب الرضاء ، وانما كانت تقوم على افتراض بقاء صحة التصرف ، رغم التدليس ، نظريا ، وفقا للقانون المدنى الرومانى ، لأن البريتور لم يكن يملك ان يعدل احكام هـذا القانون الذى لم يكن يعتبر التدليس سببا لبطلان التصرف ، مـع افراغ التصرف من مضمونه بوساطة الوسائل « البريتورية » السابقة التى كانت تعالج التدليس باعتباره جريمة مدنية ، فتاخذ فى الاعتبار افعـال مرتكب التدليس وتنظر الى الحيل لا الى عيب الرضـاء المترتب عليهـا • ورغم اختلاف النظرة الى التدليس فى القوانين الحديثة ، فما زالت آثار الفكرة الرومانية عن التدليس ظاهرة فى النصوص وفى شروح الفقه الذى يذهب بعضه الى ان اساس بطـلان التصرف للتدليس هـو فكرة التعويض عن الاضرار الناشئة عن خطأ المدلس ، وعلى اعتبار ان بطلان التصرف تعويض عينى — وانظر مؤلفنا عن البطلان ، فقرة ٨٠ •

أو التهديد ، ولذا نفضل تعريف الاكراه بأنه « الرهبة التى تدفع شخصا الى ابرام تصرف قانونى » ويجب أن يفهم هذا المعنى من تسميته ، فهو اكراه لا بمعنى أنه أفعال يقع بها الضغط على ارادة شخص آخر ، وانما هو اكراه بما هو حال يوجد فيها شخص ينـدفع تحت تأثيرها الى اصدار التصرف القانونى • ولفظة « اكراه » فى اللغة العربية تصلح للدلالة على المعنيين ، أى الاكراه بمعنى « الرهبة » ، والاكراه بمعنى « الضغط »(١) •

والنظر الى الاكراه باعتباره الرهبة ، يتفق مع اعتباره عيبا للرضاء فى القوانين الحديثة التى تأخذ بمبدأ سلطان الارادة ، وتستلزم حرية الارادة شرطا لصحتها كتصرف قانونى • فنظرة القوانين الحديثة الى الاكراه تختلف عن نظرة القانون الرومانى اليه ، الذى كان يعتبر أعمال الاكراه خطأ من جانب من ارتكبها ويرتب جزاء الاكراه على هذا الاعتبار ، سواء أكان ذلك بتوقيع عقوبة أو بالالتزام بالتعويض أو غير ذلك ، فالاهمية كانت لافعال الاكراه ، أما فى القوانين الحديثة فيجب أن تكون الاهمية للرهبة التى تعيب الارادة وتزيف رضاء صاحبها وتجعله رضاء معيبا ، مما يعنى أن أساس بطلان التصرف بسبب الأكراه ، يكون هو هذا العيب الذى يجعل الارادة غير صالحة لان يرتب القانون عليها ما تتجه اليه من الآثار • لذلك فمن الواجب أن يرفض ما يذهب اليه بعض الفقه فى بيان أساس بطلان التصرف القانونى بسبب الاكراه من القول بأن أفعال الاكراه تعتبر خطأ يلتزم

---

(١) اما فى اللغة الفرنسية فلفظة violence المستعملة للدلالة على الاكراه ، تعنى اعمال العنف أما عيب الرضا فهو الرهبة crainte ويفضل استعمال اللفظة الاخيرة بعض الفقه الفرنسى ويرى البعض الآخر استعمال اللفظية اللاتينية metus التى تعنى الخوف . وقد استعملت بعض التشريعات الحديثة تسمية الرهبة (م ٢٩ من قانون الالتزامات السويسرى) ، أو الخوف (م ٢١٠ من قانون الالتزامات اللبنانى) وانظر مؤلفنا عن البطلان ، هامش ١ ص ٢٤٣ .

من ارتكبه بالتعويض ، وأن خير تعويض في هذه الحال هو ابطال التصرف الذي تم بالاكراه ، فهذا التصوير لاساس البطلان للاكراه ، ان أمكن قبوله في القانون الروماني ، لا يصلح في القوانين الحديثة ، حيث تكفي فكرة عيب الرضاء أساسا لهذا البطلان ، ولذا يرفضه أغلب الفقه(١) .

والاكراه الذي يعيب الارادة ، هو الاكراه الذي يدفع من يتعرض له الى اختيار التعبير عن ارادته وقبول التصرف الذي يكره عليه ، رغم أنه كان لا يقبله ولا يعبر عن ارادته في معنى قبوله ، لو كان حرا في الاختيار ، وهذه الارادة التي لا تصدر الا بالتهديد لا تعتبر قائمة في نظر القانون أي تعتبر منعدمة في نظر القانون (اذا تمسك المكره بذلك وأثبت الاكراه) ، ولكن هذا لا يعني أنها من وجهة النظر النفسية غير موجودة ، فمن يتعرض للاكراه يمارس اختيارا ، فهو يقبل التصرف ويعبر عن رغبته في ذلك مفضلا تحمل ما يلحقه من ضرر منه ، على الضرر الذي يهدد به ويعتبره ضررا أشد ، أي أن المكره يختار التصرف باعتباره أهون الشرين . وهذا الاختيار هو الذي يجعلنا أمام ارادة معيبة ، يتم هدمها عن طريق ابطالها بسبب هذا العيب ، أما اذا وصل استعمال وسائل العنف مع شخص الى حد امساك يده ووضع بصمته بالقوة على محرر من المحررات (أو اذا تم تخديره للوصول الى هذا الغرض) فاننا لا نكون بصدد اكراه يعتبر عيبا للرضاء ، فليس هناك أي نوع من الارادة أو الاختيار ، وانما نكون بصدد اغتصاب سند ، يتم التخلص من نسبته الى المكره باثبات تزويره أو اغتصابه ، دون حاجة الى الطعن بالبطلان(٢) .

---

(١) انظر الاشارة الى الآراء الفقهية المختلفة في مؤلفنا السابق ، فقرة ٨٢ .

(٢) قارن مع ذلك ، السنهوري — الوسيط فقرة ١٩٣ حيث يقابل بين اكراه حسي كالضرب واكراه نفسي يوقع رهبة في النفس . وانظر الاشارة الى آراء مشابهة لذلك في هامش ٣ و ٤ ص ٢٤٤ من مؤلفنا عن البطلان .

فالاكراه الذى يعيب الارادة هو : الخوف الذى ينشأ من التهديد بأذى مقبل ، ويكون الاندفاع الى التعبير عن التصرف وسيلة تجنب هذا الاذى ، وهذا الاندفاع مهما كان أثرا لاختيار غير حر ، يتضمن اتجاه المكره الى التعبير عن ارادته كاختيار لاهون الضررين ، ولـذا لا يتصور أن يكون هناك اكراه بغير توافر عنصر التهديد بأذى مقبل ، فالاكراه بفعل مادى كالضرب ، لا يعد اكراها عائبا للارادة الا ان تضمن تهديدا بأذى مماثل أو أشد كاستمرار الضرب أو زيادة قسوته ، عند عدم الانصياع لرغبة ممارس الاكراه ، فبغير هذا التهديد بأذى مقبل ، لا خوف وبالتالى لا اكراه[1] .

٣٦ — تنظيم الاكراه فى القانون المصرى :

تنظم الاكراه كعيب للارادة فى القانون المدنى المصرى، المادتان١٢٧ و ١٢٨ من هذا القانون ، والمـادة ١٢٧ تنص على أنه :

« ١ — يجوز ابطال العقد للاكراه اذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر فى نفسه دون حق ، وكانت قائمة على أساس.

٢ — وتكون الرهبة قائمة على أساس اذا كانت ظروف الحـال تصور للطرف الذى يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو أو غـيره فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المـال .

٣ — ويراعى فى تقدير الاكراه جنس من وقع عليه هذا الاكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامة الاكراه » .

أما المـادة ١٢٨ فتنص على أنه « اذا صدر الاكراه من غـير المتعاقدين فليس للمتعاقد المكره أن يطلب ابطال العقد ما لم يثبت أن

---

(١) قرب فى هذا المعنى ، بهجت بدوى ، اصول الالتزام ، فقرة ٨٧ ص ١٣٤ وانظر مؤلفنا السابق ، هامش ١ ص ٢٤٥ .

المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الاكراه » .

ومن النصين السابقين يتبين أن للاكراه العائب للرضاء ، فى القانون المصرى ، شرطين :

الاول : أن يتحقق معنى الاكراه على اعلان الرضاء بالتصرف .

الثانى : أن يتصل الطرف الآخر فى المعاملة ، بهذا الاكراه .

ونتكلم فيما يلى عن كل من الشرطين :

الشرط الاول : تحقق معنى الاكراه :

تحقق معنى الاكراه ، هو وجود الاكراه العائب للرضاء ، وهو الخوف من أذى يهدد به شخص ، فيدفعه هذا الخوف الى ابرام التصرف أى الى التعبير عن ارادته فى معنى قبول التصرف بالصورة التى أكره عليها والتى لا يريدها فى الحقيقة .

فالاكراه هو الخوف الدافع الى التصرف ، وهو يكون كذلك اذا كانت الرهبة التى تقوم فى نفس المكره من الجسامة بحيث تحمله على قبول التصرف ، وبحيث يتبين أنه لولا الخوف لما تم التصرف . وهذا التحديد لمعنى جسامة الاكراه يجعل المعيار فى تقديرها معيارا شخصيا أو ذاتيا ، ينظر فيه الى شخص المكره . ولذا فلتقدير أهمية الخوف الذى داخل نفس المكره ودفعه بالتالى الى قبول التصرف ، لا ينظر الى تأثير الوسائل المستخدمة لاحداث هذا الخوف فى شخص عادى ، بل ينظر الى تأثيرها فى الشخص الذى تعرض للاكراه ، بالنظر الى ظروفه الخاصة التى أدت الى تأثره بما استخدم ضده من وسائل الاكراه . ونص الفقرة الثالثة من المادة ١٢٧ مدنى واضح فى هذا ،

فهو يقضي بمراعاة جنس من وقع عليه الاكراه وحالته الاجتماعية والصحية ، وكل ظرف آخر يؤثر عليه(١) .

وعلى ذلك اذا هدد شخص آخر باستخدام السحر لايذائه ان لم يقبل تصرفا معينا ، وكان من تعرض للتهديد يعتقد فى السحر ، فقبل التصرف تحت تأثير الخوف منه توافر بالنسبة له الاكراه العائب للرضاء ، ولو كان الشخص العادى لا يخاف السحر أو الشعوذة .

ومن اللازم أن تقوم فى نفس الشخص رهبة ، أو خوف ، يكون هو الدافع الى التصرف ، فلا يكفى لذلك أن تربطه بشخص آخر علاقة توجب عليه احترامه وتوقيره واتباع توجيهاته ، أى علاقة تنطوى على نفوذ أدبى لشخص على آخر يوجب عليه أدبيا طاعته ، لا يكفى وجود مثل هذه العلاقة ، ليستند اليها من يقبل تصرفا فى ادعاء عيب ارادته بالاكراه ، فمن يبرم تصرفا ارضاء لوالده أو أستاذه أو زوجه أو الرئيس الدينى ، لا يستطيع أن يطعن فى رضائه به بالاكراه . ولكن ان استغل صاحب النفوذ الادبى نفوذه على من يخضع له فضغط عليه وأجبره على ابرام تصرف ما كان ليقبله لولا هذا الضغط ، فان الرضاء بهذا التصرف يكون معيبا عندئذ بالاكراه(٢) .

---

(١) فالأنثى اسرع خوفا من الذكر والتأثير فى الطفل ايسر من التأثير فى شخص ناضج ، ومن يتعرض للاكراه فى مكان منعزل غير ماهول يكون خوفه اشد ممن يتعرض له فى مكان مكتظ بالناس كما يؤثر فى جسامة الخوف حالة الشخص من المرض والصحة ، او الغنى والفقر ، او الثقافة والجهل .

ويلاحظ أن الفقرة الاولى من المادة ١٢٧ تشترط ان تكون الرهبة قائمة على أساس ، ولكن الفقرة الثانية من المادة ١٢٧ تشرح المقصود بقيام الرهبة على أساس ، وتبين انها تعنى جسامة الرهبة بحيث تكون دافعة الى قبول التصرف ، ولا تضع معيارا موضوعيا للاكراه .

(٢) وقيام علاقة الاحترام والخضوع ، يجعل رضاء الخاضع قابلا للتاثر بوسائل ضغط اخف بكثير من تلك التى يتحقق بها الاكراه فى غير هذه الحال .

ويلاحظ أن المـادة ١٢٧ تتكلم عن أن الرهبة تكون قائمة على أساس اذا تحققت رهبة المكره من خطر جسيم محدق ، وتفسير هذا النص حرفيا يعنى أن القانون يشترط أن يكون الاذى المهدد به حالا أو وشيكا ، مع أن حلول الاذى أو أو تأجيله أمر لا تبدو له أية أهمية ما دام التهديد قد أرهب الشخص فحمله على ابرام التصرف ، أى أن الاهمية هى لحلول الخوف أو الرهبة ، لا لحلول الاذى المهدد به • وهذا هو ما فسر به نص القانون الفرنسى الذى يستلزم حلول الاذى المهدد به ، فقد صرف الفقه هذا النص الى استلزام حلول الخوف من الاذى لا حلول الاذى نفسه(١) •

وليس من اللازم أن يكون الاذى المهدد به موجها الى الشخص المراد اكراهه ، فالاكراه يعيب الرضاء ولو كان المهدد بالاذى شخصا آخر ، ما دام تهديده يؤثر على ارادة المكره ، بسبب قرابة أو زوجية أو صداقة أو عـلاقة أخرى بين المهـدد بالاذى وبين الشخص المراد اكراهـه ، وقـد نصت المـادة ٢/١٢٧ على ذلك فقضت بأن الاكراه بالتهديد يتحقق بالخوف من أذى يهدد المكره أو غيره(٢) • كما لا يلزم أن يكون الاكراه بالتهديد بأذى يلحق الشخص فى جسمه أو نفسه ، فقد يكون نتيجة تهديد بأذى يقع على ماله أو على سمعته (شرفه) ، كما تنص المـادة ٢/١٢٧ من القانون المدنى المصرى •

ويشترط فى اكراه العائب الرضاء أن يكون اكراها غير مشروع ، ولكن من اللازم تحديد معنى عدم المشروعية ، هل يقصد بذلك عـدم مشروعية الغاية من الاكراه أى النتيجة المقصودة من الضغط ، أم عدم

---

(١) وهذا التفسير يؤدى الى جعل هذا الشرط داخلا فى شرط جسامة الاكراه بحيث يؤثر فى الارادة . انظر بهجت بدوى ، فقرة ٨٨ ص ١٣٩ •

(٢) بل قد يكون الاكراه نتيجة تهديد من صدرت منـه افعال الاكراه بالحاق أذى بنفسه ، كتهديد الابن لوالده بالانتحار ان لم يبرم تصرفا معينا — اسماعيل غانم ، فقرة ١١٠ •

مشروعية وسائل هذا الضغط . وأغلب الفقه على أن العبرة فى الحكم على الاكراه بالمشروعية أو عدم المشروعية هى بغاية الضغط لا بالوسائل التى تستعمل له . فاذا كانت الغاية مشروعة لم يتحقق شرط عدم مشروعية الاكراه ولو استعملت فيه وسائل غير مشروعة ، كما أن استعمال الوسائل المشروعة لا يبرر تحقيق غاية غير مشروعة عن طريق الاكراه . ومعنى مشروعية الغاية أن يكون الاكراه وسيلة لاحقاق حق شرعى ، ومن أمثلة الاكراه ذى الغاية المشروعة تهديد شخص بالاذى فى جسمه أو فى ماله اذا لم يتعهد بالوفاء بدين عليه ، أو أن لم يقدم ضمانا للوفاء بهذا الدين(١) .

ويبرر الفقه اشتراط مشروعية الاكراه على أساس أنه لا يعتبر سببا لابطال التصرف القانونى لمجرد أنه عيب فى الارادة والا لكان سببا للبطلان سواء أكان مشروعا أم غير مشروع ، وأنه يجب أن يضاف الى ذلك عنصر آخر فيه هو أنه خطأ أو عمل مناف للعدالة والاخلاق ، ولذا يجب أن يكون غير مشروع حتى يؤدى الى بطلان الارادة(٢) .

---

(١) فاذا كانت وسائل الضغط مشروعة وبهدف الوصول الى غاية مشروعة كمن يهدد مدينه التاجر برفع دعوى لشهر افلاسه ان لم يف بما عليه من الدين ، فلا وجه للكلام عن الاكراه ، اما ان كانت الوسيلة مشروعة ولكن الغاية غير مشروعة ، كما لو كان التهديد بشهر الافلاس بقصد الحصول على تعهد بزيادة فى الدين لا يستحقها الدائن ، فان الاكراه يكون غير مشروع . ولا محل للاشارة الى الصورة التى يكون فيها كل من الوسيلة والغاية غير مشروعين ، فعدم مشروعية الاكراه فيهما امر لا يحتاج الى بيان .

ويلاحظ ان بعض الفقه يذهب الى ان عدم مشروعية الوسيلة وحده يكفى لجعل الاكراه غير مشروع ، ولو كانت الغاية مشروعة — انظر شيفالييه ، مقالته عن الارادة كمصادر للالتزام فى مشروع القانون المدنى المصرى ، مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٣ ص ١١٩ وما بعدها .

(٢) انظر بلانيول وريبير واسمان ، جـ ٦ فقرة ١٩٦ ، ومؤلفنا عن البطلان ، ص ٢٤٧ واسماعيل غانم ، فقرة ١١٢ .

ولكننا نعتقد أنه يمكن تفسير هذا الشرط دون حاجة الى تأسيسه على فكرة الخطأ ، أى مع البقاء فى نطاق تحليل الارادة كوسيلة للكشف عن عيبها ، بالاكراه ، وذلك من خلال شرط مسلم للاكراه هو أن يكون دافعا الى التصرف ، بمعنى أنه لولا الاكراه لما قبل المكره التصرف ، ذلك أنه اذا كان ما توصل اليه من قام بالاكراه أو من حدث الاكراه لمصلحته ، هو ما يلتزم به من وقع عليه الاكراه ، التزاما قانونيا ، أى التزاما يبيح جبره على الوفاء به ، لا يسهل القول بأن ما تعهد به مما هو واجب عليه أو ما قبله من ترتيب ضمان لحق شخص آخر ثابت فى ذمته فى الاحوال التى يلزمه القانون فيها بذلك ، لا يسهل القول بأنه لم يقم بما هو واجب عليه الا بتأثير الاكراه مع أن القانون يوجب عليه ذلك ويسمح باجباره عليه ، بل الاولى أن يقال فى هذه الحال أن تعهده أو قبوله ، تنفيذ لحكم القانون وليس انصياعا للاكراه . أما ما تم به الاكراه من وسائل غير مشروعة ، فانه ان كان جريمة توقع العقوبة على مرتكبها ، وان لم يكن جريمة واعتبر خطأ من جانب من ارتكبه كان ملتزما بالتعويض ، دون أن تمس العقوبة أو التعويض صحة التصرف المدعى بالاكراه عليه ، لانه واجب على من أبرمه وفقا للقانون ، وعدم مشروعية الوسيلة لا ينفى مشروعية الغاية . ويظهر من ذلك أن مشروعية غاية الاكراه ؛ تعنى عدم توافر شرط الاندفاع الى التصرف نتيجة للاكراه ، وأن التزام المكره قانونا بما قبله أو تعهد به ، ولو صاحب ذلك ضغط عليه أو تهديد ، قرينة قانونية على انتفاء هذا الاندفاع (١) .

---

(١) صحيح ان القانون قصر على جهات القضاء والادارة المختصة سلطة الاجبار ، وباجراءات خاصة ، ولكن هذا القصر تقصد به حماية حرية الافراد ، ونصوص القانون الجنائى تجازى على الاعتداء على هذه الحرية ، فاذا فرض ان كانت الافعال التى وقع بها الاكراه على اداء واجب قانونى ، افعالا تقع تحت طائلة قانون العقوبات كالايذاء او التهديد به ، فان هذا لا يؤثر على قيام حق من قصد الى الحصول عليه ، باستخدام هذه الوسائل وقد حللنا الاكراه بأن المكره يختار بين شرين ، وهو فى هذه

ونص المـادة ١٢٧ / ١ الذى يصف الاكراه العائب للرضـاء بأنه الرهبة التى يبعثها شخص فى آخر « دون حق » يؤيد تفسيرنا لعدم مشروعية الاكراه ، بأنه عدم مشروعية غايته ، لانه يجعل الاكراه العائب للارادة ذلك الذى لا يستند الى « حـق » لمن قام بالاكـراه أو من تم الاكراه لمصلحته •

الشرط الثانى « اتصال المتعاقد الآخر » بالاكراه :

اذا كان الاكراه يتم بأفعال شخص يدخل مع ضحية الاكـراه فى المعاملة التى أكره فيها ، لا تثـور أية مشاكل حـول اعتبـار هذا الاكراه عائبا للارادة ومؤديا الى البطـلان ، وسواء أكان مرتـكب الاكراه قد أحدث كل ظروفه وأفعاله ، كان يختطف المكره ويهدده بالاذى ان لم يقبل تصرفا معينا ، أم كان قد استغل ظروفا تهيأت له بالمصادفة ، كما لو وجد وحده على شاطىء نهر أو بحر يشرف فيه طفل على الغرق ، وكان يحسن السباحة ، فاستكتب أباه تعهـدا بدفـع مكافأة مغالى فيها لانقاذ ولده • ففى هذا الحال يتحقق الاكراه العائب للارادة ، كما يتحقق فى الصورة الاولى •

أما اذا كان الاكراه من الغير ، أى من غير الطـرف الآخر فى المعاملة التى يكره الشخص على اتمامهـا ، فان المـادة ١٢٨ تشترط أن يكون هذا الطرف عالمـا أو من المفروض حتما أن يعلم بالاكـراه

= الصورة يختار بين تحمل الاذى وبين القيام بما يجب عليه القيام به بحكم القانون ، والاكراه على اداء واجب لا يزيل عنه وصف الوجوب ، ولذا فمن حقنا ان نقول ، فى هذه الحال ، ان الاكراه على تعهد يلتزم بـه المكره ، لا يمكن ان يكون الدافع ، اذ يجب افتراض أن الدافع اليه هو الزام القانون به لا الاكراه ، فهذا الالزام يجعل من المفروض حتما ان يكون قبول التصرف المدعى بالاكراه عليه ، ناتجا عن اجبار القانون لا عن الاكراه الذى مارسـه صاحب الحق او شخص آخر ، على المتعهد — انظر مؤلفنا عن البطلان ، فقرة ٨٤ ص ٤٢٧ .

حتى يجوز الاحتجاج به عليه ، وطلب البطلان من جانب المكره • وهو شرط استحدثه القانون المدنى المصرى الحالى الصادرة سنة ١٩٤٨ ، فلم يكن منصوصا فى القانون المدنى السابق ، كما أن المادة ١١١١ من القانون المدنى الفرنسى تنص على أن الاكراه الصادر من الغير يعيب الارادة ، دون أن تضع لذلك أى شرط (١) ، ولا يظهر هذا الشرط فى تنظيم كثير من التشريعات الحديثة للاكراه (٢) بل هى تعتد بالاكراه الذى يقع بفعل غير « المتعاقد » دون قيد أو شرط •

واشتراط صدور أفعال الاكراه من المتعاقد الآخر ، أو علمه بصدورها أو ضرورة علمه بها ان كانت صادرة من الغير ، يمكن الاعتراض عليه من الناحية الفنية بأنه يجعل شروط عيب الارادة ، لازمة فى ارادة أخرى غير الارادة المعيبة • ومن الناحية العملية ، يفترض هذا الشرط أن الاكراه لا يكون الا فى العقد مع أنه من اللازم أن يعتبر الاكراه غائبا للرضاء ولو وقع فيه من يصدر تصرفا يتم بالارادة المنفردة •

ويبدو أن نص المادة ١٢٨ من القانون المصرى مأخوذ من رأى للاستاذ السنهورى فى تقييد أثر الاكراه الصادر من الغير ، فقد قال (٣) « ان الاكراه اذا صدر من الغير ولم يكن المتعاقد الآخر يعلم به ، ولم يكن فى استطاعته أن يعلم به واختار المتعاقد المكره بطلان

---

(١) ولذا اخذ بحكمها فى مصر فى ظل القانون المدنى السابق ، دون أن يكون فيه نفس النص . وعدم اشتراط صدور الاكراه من « المتعاقد الآخر » ، على خلاف الحال بالنسبة للتدليس ، يرجع الى تقاليد القانون الرومانى فى هذه التفرقة ، ويلاحظ ان الفقه كان ينادى دائما بضرورة التسوية بين التدليس والاكراه فى عدم اشتراط صدور التدليس من المتعاقد الآخر . انظر مؤلفنا عن البطلان ، ص ٢٤٩ .

(٢) كالقانون السويسرى والقانون الألمانى والقانون الاسبانى وقانون رومانيا ، والمشروع الفرنسى الايطالى لقانون الالتزامات .

(٣) فى نظرية العقد ، فقرة ٤٠٥ ص ٤٢٤ .

العقد ، فانه يصبح للمتعاقد حسن النية أن يطالب بتعويض على حسب الاحوال وقد يكون خير تعويض هو بقاء العقد صحيحا » • وهو يقيم تصحيح « العقـد » فى هذه الحال ، رغم تحقق الاكراه ، على فكرة التعويض عن الخطأ ، وهو مذهب غير مرغوب فيه لما يترتب عليه من خلط بين نظام المسئولية ونظام البطلان (١) •

وحكم النص المصرى يقصد — لا شك — الى تحقيق استقرار التعامل عن طريق تجنب المفاجأة فى التمسك ببطلان التصرف بسبب الاكراه ، وهذه الغاية يمكن تحقيقها فى نطاق الاكراه دون حاجة الى هذا الشرط الذى يبدو غريبا فى تنظيم الاكراه ، فى أغلب التشريعـات ولدى أغلب الفقه ، وذلك عن طريق التشدد فى شرط جسامة الاكراه أو شرط الاندفاع الى التصرف بتأثير الاكراه ، باضفاء بعض الموضوعية على هذا الشرط بصورة تجعـل القول بتوافر الانـدفاع بالنظر الى الوسائل المستخدمة مبررا من وجهة النظر المعتادة ، أى تقدير توافر الاندفاع الى التصرف كأثر للخوف من الاذى المهدد به بالنظـر الى موقف شخص عادى من وسائل الاكراه ، دون حرص على تقدير توافره مع الاخذ بمعيار ذاتى خالص ، ومهما كانت وسائل الاكراه • كمـا يمكن اصلاح نتائج المفاجأة فى البطـلان ، لو حدثت ، عن طريق اعمال قواعد المسئولية بالزام المسئول عن أفعال الاكراه بتعويض الطـرف الحسن النية عما لحقه من أضرار ، دون أن يعتبر تصحيح التصرف الذى تم بالاكراه صورة من صور التعويض (٢) •

---

(١) وقد قررت لجنـة القانون المـدنى بمجلس الشيوخ الغـاء نص المـادة ١٢٨ اخذا بقواعد « النظرية اللاتينية » ولكنها اعادته بعد ذلك بناء على اصرار الاستاذ السنهورى على هذه الاعادة بحجة ان « الاكـراه كالغلط تماما » انظر مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ٢ ص ١٨٣ — ص ١٨٨ •

(٢) والاكراه لا يشبه الغلط الا من ناحية اثره فى ان الارادة المعيبة بكل منهما ليست تصرفا قانونيا صحيحا ، ولكن ليس معنى هذا انهمـا =

هذا مع ملاحظة أنه مع قيام نص المادة ١٢٨ مدنى مصرى ، لا بد من التسليم بأن اتصال « المتعاقد الآخر » بالاكراه شرط من شروط الابطال للاكراه ، بحكم القانون (١) .

البطلان للاكراه :

اذا كان الاكراه كعيب للارادة هو الرهبة الدافعة الى ابرام التصرف القانونى ، فان هذا العيب لا ينكشف وجوده الا بافصاح من صاحب الارادة عن وقوع العيب واثبات أن رضاءه بالتصرف لم يكن الا نتيجة للاكراه ، ولذا يكون التمسك ببطلان الارادة بسبب الاكراه مقصورا على المكره ، كما هى الحال فى قصر التمسك ببطلان التصرف للغلط ، على الغالط ، كما نرى فى الكلام عن البطلان .

يتشابهان فى طبيعتهما ، فالغلط عيب فى التنور intelligence يقع فيه الشخص بتوهمه ان غايته تتحقق من اتمام التصرف فيندفع الى اصداره ، فلديه على الأقل ارادة حرة فى الاتجاه الى اصدار التعبير ، وعيب ارادته ينتج عن تصور خاطىء يتصل بمضمون التعبير والغاية من التصرف ، ولذا أمكن استلزام ظهور هذا التصور فى التعبير باعتباره ثوب الارادة الحقيقية ، اما الاكراه فالعيب فيه ينصب على مبدأ اصدار التعبير عن الارادة نفسه ، فالمكره لا يريد التصرف ولا يريد التعبير عن الارادة ايضا ، لأنه مكره على كل منهما ، ولا يتصور تطلب ظهور الاكراه فى مضمون التعبير كما هى الحال بالنسبة للغلط — انظر مؤلفنا عن البطلان ، ص ٢٥١ .

(١) ويمكن ان نجد مخرجا من حكم المادة ١٢٨ ، يجعل شرط العلم أو ضرورة العلم بالاكراه متعلقا بشرط الاندفاع الى التصرف بتأثير الاكراه ، وذلك بالقول بأن العلم أو ضرورة العلم بالاكراه قرينة على تحقيق شرط الاندفاع لدى المكره على اساس أن الاكتفاء بضرورة العلم من الطرف الآخر (من المفروض حتما ان يعلم بالاكراه) يقتضى وجود علامات عليه فى شروط العقد (فى النطاق العقدى) مما يمكن اتخاذه أساسا لافتراض الاندفاع بتأثير الاكراه بمجرد اثبات حدوث الضغط المعلوم او المفروض العلم به ، الا أن اثبت هذا الطرف الآخر انتفاء الاندفاع — المرجع السابق ، ص ٢٥٢ .

٣٧ — افتراض عيب الارادة ، فى حالى الغبن وفقدان الاهلية :

فى الصورتين السابقتين ، صورة الغلط وصـــورة الاكراه ، يتحقق عيب الارادة بالغلط أو بالاكراه ، وكل منهما عيب محدد ، وواجـــب الاثبات ، بمعنى أن من يتمسك بوقوعه فيه ، يلتزم بتقديم الدليل على العوامل التى أدت الى تحققه ، بصورة واضحة ومحددة • وفى صور أخرى يجد القانون أن صاحب الارادة المعبر عنها ، قد يوجد فى حال ، أو قد تحيط باصدار ارادته ظروف تحمل على ظن راجح بأنها تصـــدر مشوبة بالغلط أو الاكراه ، فيفترض عيبها دون أن يحدد العيب الذى يفترض أنه لحق الارادة ودون أن يطالب المتمسك بالعيب باثبـــاته وذلك كما فعل بافتراض عيب الارادة اذا كان هناك عدم تعادل واضح بين ما أعطى الشخص وما حصل عليه فى معاملة من المعاملات ، لمصلحة الشخص المغبون ، أو كما فى افتراض عيب ارادة من جعلهم فاقدى أهلية الاداء بسبب صغر السن أو لاى سبب آخر ، كما نـــرى فى الكلام عن كل من الغبن وفقدان الاهلية ، كعيب مفترض فى الارادة فيما يلى :

٣٨ — (أ) الغبن (الاستغلال) :

الغبن هو الظلم الذى يقع على أحد طرفى عقد معاوضة ، بأن يتلقى فى المعاملة التى تتم بهذا العقد ما يتبين أنه غير معادل ، بقـــدر كبير ، لمـــا قدمه من جانبه فى هذه المعاملة •

والغبن يعيب التصرف فى القانون المصرى ، كقاعدة عامة ، اذا كان ناتجا عن استغلال طيش المغبون أو هواه الجامح ، وتنص على ذلك ، المادة ١٢٩ من القانون المـــدنى التى تقضى بأنه « ١ — اذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعـــادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد الا لان المتعاقد الآخر قـــد

استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا جاز للقاضى ، بناء على طلب المتعاقد المغبون ، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد •

٢ — ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، والا كانت غير مقبولة • ٣ — ويجوز فى عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الابطال اذا عرض ما يراه القاضى كافيا لرفع الغبن » •

وبسبب اشارة النص الى ضرورة وقوع الغبن بناء على استغلال طيش المغبون أو هواه الجامح ، فان الفقه يجرى على تسميه عيب التصرف فى هذه الحال بالاستغلال ، ولكننا نعتقد أن العيب الذى يبنى عليه عدم صحة التصرف هو عدم التعادل بين ما يحصل عليه الشخص وما يلتزم به ، ولذا فهذا العيب هو الغبن المترتب على الاستغلال وليس الاستغلال نفسه ، وهذا الغبن هو العلامة أو المظهر الذى يربط به القانون افتراض عيب رضاء المغبون •

ذلك أنه لا يتصور أن يتحقق معنى الغبن فى تصرف من التصرفات الا اذا كان نتيجة عدم معرفة بالقيمة الحقيقية للأداءات ، أى اذا كان ناشئا عن غلط فاحش فى القيمة ، أو اذا كان نتيجة اضطرار لقبول الالتزام بأداء يفوق بكثير الاداء المقابل ، أى اذا كان المغبون مضطر الى قبول الغبن ، رغم معرفته بالقيمة الحقيقية للأداءات ، لسبب يفقده الحرية الكاملة للاختيار بين قبول التصرف ورفضه • فالغبن فى ذاته ليس عيبا للارادة وانما هو مظهر لاحد عيبى الرضاء ، الغلط أو الاكراه ، أو هو بالاحرى قرينة على وجود هذا العيب فى الرضاء(١).

---

(١) انظر : دى باج — القانون المدنى ، ج ١ فقرة ٩٧ ، والمراجع المشار اليها فى مؤلفنا عن البطلان ص ٢٧٠ •

مما يعنى أن البطـــلان الذى يلحق التصرف بسببه هو بطلان بسبب عيب مفترض فى الرضاء (١) ٠

ويجب أن يعتبر الغبن مظهرا لعيب فى الرضاء ، ولو كان القانون يجعله سببا لعيب التصرف القانونى لمجرد عدم التعادل بين الاداءات المتقابلة فى معاملة من المعاملات دون أن يشترط أن ينتج الغبن عن استغلال طيش المغبون أو هواه ، أى ولو جعل القانون الغبن ســببا لعيب التصرف اذا تحقق بنسبة حسابية معينة كالخمس أو الربع دون شرط آخر ، ذلك أنه لا يتصور القول بوجود غبن الا اذا ثبت أن عدم التعادل فى الاداءات ليس قائما على قصد الى التبرع من جانب من يتلقى أداء أقل مما يعطى ، أو على قصد النزول عن بعض حقه للطرف الآخر فى المعاملة (٢) فالغبن لا يتحقق الا اذا كان عدم التعــادل بين الاداءات راجعا الى جهل المغبون بقيمة ما يعطى أو ما يأخذ ، أو اذا كان قبوله للالتزام بأكثر مما يتلقى نتيجة للاضطرار ، وفى الحالين يكون الغبن مظهرا لاثر الجهل أو الاضطرار على الارادة ٠ ويحملنا على تأكيد هذا النظر أن كلمــة غبن لا تشير بمعناها الى عيب الرضاء ، اذ أن الغــبن Lésion هو الضرر أو الظلم ، والقول بأن شخصا أصابه غبن لا يتضمن تحديدا لسبب هذا الغبن أو بيانا لطبيعة هــذا

---

(١) انظر السنهورى ، الوسيط ، فقرة ٢٠٨ ويذهب البعض الى ان الغبن ينطوى على خطأ من جانب الغابن ، وان البطلان للغبن صورة من صورة التعويض عن الضرر الناتج عن هذا الخطأ ، انظر بهجت بدوى ، فقرة ١٤٠ والمراجع المشار اليها فى مؤلفنا السابق ٠

(٢) قارن مع ذلك السنهورى ، نظرية العقد ، فقرة ٤٣١ حيث يقول ان تقدير الغبن تقديرا حسابيا ، يجعل للمغبون حق الطعن فى تصرفــه بالغبن « ولو كان المتصرف قابلا لهذا الغبن عارفا به » ويجعله عيبا فى العقد ٠ ولكن هذا الحكم غير متصور الا اذا كان تحريم الغبن مقررا بمنع قانونى لحماية المصلحة العامة ، كتحديد سعر الفائدة ، ولكن عندئذ يكون التمسك به غير مقصور على المغبون ٠

السبب ، وقد أراد بعض الفقه أن يقف ، فى معرفة طبيعة العيب اللاحق بالتصرف فى حال الغبن الحسابى، عند ظاهرة عدم التعادل بين الالتزامات، واجدا فى اختلاف التناسب بينهما كل عناصر الغبن ، فى محاولة لابعاد الغبن عن نطاق عيوب الرضاء (١) ولكن أغلب الفقه يربط بين الغبن وعيوب الرضاء ويعتبره مظهرا للعيب أو قرينة عليه ، ويرى أن البطلان للغبن هو بطلان لعيب الرضاء (٢) ٠

وهذا ما يأخذ به القانون المصرى الحالى ، كما يكشف عنه موضع النص على الغبن كسبب لبطلان التصرف ، وهو نص المادة ١٢٩ التى جاءت تحت عنوان « الرضاء » تالية للنصوص المنظمة للغلط والتدليس والاكراه ، كما أن الاعمال التحضيرية لهذا النص تشير الى اتجاه الشارع الى جعل أساس عيب الرضاء بالغبن ، افتراض عيب الرضاء(٣)٠ والواقع أن اشتراط ترتب الغبن على الاستغلال ، ليكون سببا لعيب التصرف ، يظهر صلته الواضحة بالارادة ، واعتباره مظهرا لعيبها ٠

والقانون المصرى فى جعله الغبن ، بالشروط التى تضعها المادة ١٢٩ مدنى سببا عاما لعيب التصرف ، أى قابلا للتطبيق على أى تصرف

---

(١) انظر مثلا ، اوبرى ورو ، ج ١ بند ٢٧ و ج ٤ بند ٣٤٣ مكرر ، وبند ٣٣٣ ٠

(٢) وقد قال دى باج بصراحة « ان اساس الغبن هو عيب مفترض للارادة » ، المرجع السابق ، وانظر مراجع اخرى فى مؤلفنا عن البطلان ص ٢٧٠ هامش ٥ ٠

(٣) فقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى ان المشرع لم يعتبر الغبن عملا مخالفا للآداب كما فعل القانون الالمانى ، بل اعتبره عيبا من عيوب الرضاء وجعل له شرطين احدهما مادى وهو فقدان التعادل والآخر نفسى او ذاتى وهو استغلال المتعاقد الذى اصابه الغبن ، وجعل لهذا الشرط معنى واسعا ، وانه بعد هذا التوسع لم يعد اساس الغبن مقصورا ، على افتراض الاكراه فحسب بل جاوز ذلك الى افتراض التدليس أو الغلط ، مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ٢ ص ١٩١ ٠

وغير مقصور على تصرفات أو عقود معينة ، يتبع مسلك بعض التشريعات الحديثة (١) ، ويخالف مسلك القانون المدنى المصرى السابق ومسلك القانون الفرنسى (٢) ، فى قصر اعتبار الغبن سببا لعيب التصرف على تطبيقات محصورة ، يحدد فيها الغبن تحديدا حسابيا جامدا (فيقدر بما يجاوز خمس القيمة مثلا) •

والقانون المصرى ، مع ذلك ، لا يكتفى بالقاعدة العامة التى وضعها فى المادة ١٢٩ ، بل ينظم بجانب « الاستغلال » كعيب للرضاء ، صورا أخرى للغبن ، فى حالات معينة ، يضع لها أحكاما خاصة ، كما فعل فى النص على الغبن فى بيع عقار فاقد الاهلية (فى المادة ٤٢٥ مدنى) والغبن فى القسمة (المادة ٨٤٥ مدنى) أو بعض الحالات الاخرى (٣) •

ونتناول ، فيما يلى ، أحكام الغبن كعيب عام للعقود ، كما وضعتها المادة ١٢٩ مدنى ، فنبين شروط الاستغلال ، والجزاء المترتب عليه ، ثم نبدى بعض الملاحظات على تنظيم الاستغلال كعيب عام للرضاء ، فى القانون المصرى •

٣٩ — شروط الاستغلال :

يسميها الفقه عناصر الاستغلال ، ويحددها بأنها عنصران ، عنصر موضوعى أو مادى ، وهو عدم التعادل الواضح (أو الفادح) ، وعنصر

---

(١) كالقانون الالمانى والقانون النمسوى والقانون السويسرى والقانون اللبنانى — مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٢ ص ١٩١ •

(٢) والمادة ١١١٨ مدنى تنص على ان الغبن لا يعيب الرضاء الا فى اتفاقات معينة بالنسبة لاشخاص معينين ، وان كانت المادة ١٣٠٥ مدنى فرنسى تقضى بأن مجرد الغبن سبب للطعن بالغبن لمصلحة القاصر غير المحرر non émancipé (غير المأذون) فى جميع التصرفات (أو الاتفاقات) بمقتضى قانون ١٤/١٢/١٩٦٤ رقم ٦٤ — ١٢٣ •

(٣) كالمادة ٦٣١ التى تقضى بأنه لا يجوز ايجار الوقف بالغبن الفاحش والمادة ٩٠٤ التى تقضى بانطباق حكم المادة ٨٤٥ الخاصة بالغبن فى القسمة ، على قسمة التركات .

نفسى وهو استغلال ضعف فى نفس المغبون (١) أو حال الضعف التى يوجد فيها هذا الشخص (٢) ، وتكون السبب فى الغبن ، ونتكلم عن العنصرين تحت تسميتى عدم التعادل ، والاستغلال .

١ — عدم التعادل :

يجب أن يكون عدم التعادل واضحا أو فادحا ، فلا يكفى مجرد عدم تعادل قيمة بدلين فى معاوضة ، ليتحقق الغبن ، فمن المألوف فى التعامل ألا يعتد بالتفاوت اليسير بين ما يحصل عليه الشخص وما يعطيه ، ويكون عدم التعادل فادحا بالنسبة للمغبون اذا كان ما يلتزم به يزيد بكثير عن قيمة ما يحصل عليه كمقابل لالتزامه . وفى تحديد قيمة ما يحصل عليه المغبون ، يرى الفقه أن العبرة بالقيمة الشخصية ، فاذا كان المغبون يشترى شيئا ، لا ينظر فى تقدير تحقق عدم التعادل الى قيمته فى الاسواق ، بل الى قيمته الشخصية أى قيمته لدى المغبون . ويذهب البعض فى تحديد معنى القيمة الشخصية الى أنها القيمة التى يقدرها المغبون للشىء بسبب رغبته فيه ولو كانت لا تتناسب مع قيمته فى التعامل على مثل هذا الشىء ، ولو كانت رغبته نزوة ، ولكن هذا التحديد لمعنى القيمة الشخصية غير مقبول(٣) ولذا يذهب البعض الآخر الى أن القيمة الشخصية هى القيمة التى تتحقق للشخص بحصوله على الشىء ، وأنها قد تكون أعلا من قيمته فى السوق ، ولكن حصول الشخص على الشىء يحقق له ثراء لا يقل كثيرا عما دفعه فيه من مقابل (٤) . ونحن نعتقد أن قيمة الشىء التى تؤخذ فى الاعتبار

---

(١) السنهورى ، الوسيط فقرة ١٠٥ .

(٢) اسماعيل غانم ، فقرة ١١٤ ، وانظر منصور — مذكراته ، ص ٩٠ .

(٣) الواقع ان هذه الصورة هى فرض استغلال الهوى الجامع لدى المغبون . ويأخذ بهذا الراى ، توفيق فرج : رسالته عن الاستغلال ، فقرة ٩٠ .

(٤) اسماعيل غانم ، فقرة ١١٥، ويضرب لذلك مثلا أن يشترى شخص طابعا بريديا نادرا بأكثر مما يساوى بصورة واضحة ، ولكن مجموعته

=

لتقدير وجود اختلال فادح فى قيمة الشىء فى التعامل المعتاد ، مع اعتبار الظروف الشخصية للمتعاقدين ، فقيمة طابع البريد النادر هى قيمته فى نظر هاو يستكمل مجموعته فان دفع ثمنا له يزيد بكثير عن القيمة « المعقــولة » لمثل هذا الطابع ، فانه يكون مغبونا .

والنظر الى الظروف الشخصية فى تقدير قيمة الشىء ، يجعــل هذه القيمة مرتبطة بظروف تتغير من حال الى أخــرى ، ولذا فان ما يثور من نزاع حولها ، تفصل فيه المحكمة التى تنظره بســلطة تقديرية ، ولا ترتبط فى ذلك بحدود قانونية جامدة .

والوقت الذى تقاس فيه قيمة البدلين لتقدير عدم التعادل بينهما ، هو وقت الرضاء بالتصرف ، فلا يمكن أن يعتبر ما يطرأ بعد ذلك من اختلال قيمة البدلين ، غبنا .

والغبن ، بمعنى عدم التعادل الواضح أو الفادح ، لا يتصــور الا فى المعاوضات حيث يتلقى كل طرف فى المعاملة مقابلا لمــا يعطيه ؛ ولكن الفقه يرى أن الاستغلال متصور أيضا فى التبرعات ، بل ويقول أن العنصر الموضوعى أو المــادى للاستغلال يتحقق فى التبرعات ، على أساس أن المتبرع ، بتأثير الاستغلال ، يعطى بلا مقابل أصلا ، وليس فقط نظير مقابل غير عادل ، وأنه ، لذلك ، أجدر بالحماية من المعاوض (١) ويضرب الفقه مثلا للاستغلال فى التبرعات أن تستغل الزوجة الصبية تدله زوجها الكهل وضعفه أمامها ، فتحمله على التبرع لها ولاولادها (ولو فى صورة بيع) بكل أمواله ، أو بالجزء الاكــبر منها ، فيحرم بذلك أولاده من زوجة سابقة من هذه الاموال ، وقــد يتعرض هو نفسه للحرمان ، أن انفصلت عنه الزوجة الثانية .

=

تتمثل بهذا الطابع وترتفع قيمتها ، فيكسب من شرائه بالسعر المرتفع ، بزيادة قيمة المجموعة بما لا يقل كثيرا عن زيادة الثمن . ولا يكون هنــاك اختلال فادح بين ما دفعه وما حصل عليه .

(١) الوسيط ، جا فقرة ٢٠٦

فاذا كان هذا الكهل لم يرض بهذا التبرع الا بسبب لستغلال زوجته « الشابة » لهواه الجامح بها ، فانه يعطى بلا مقابل (وليس فقط بنظير مقابل غير معادل لما يعطى) ، ويتحقق فى تصرفه عدم التعادل الذى هو العنصر الموضوعى للاستغلال ، وتطبق عليه المادة ١٢٩ مدنى .

ويستند القول بانطباق المادة ١٢٩ على التبرعات ، الى نص الفقرة الثالثة من المادة نفسها ؛ التى تقضى بأنه « فى عقود المعاوضة » يجوز توقى دعوى الابطال بعرض ما يرفع الغبن ، اذ يأخذ الفقه من اقتصار هذا الحكم على عقود المعاوضة ، أن الشارع فى هذا النص يفترض انطباق أحكام الاستغلال أيضا فى التبرعات (١) .

ومع تقديرنا للمصلحة التى يحققها تطبيق أحكام الاستغلال على التبرعات فاننا نعتقد أن فكرة الغبن ذاتها لا تتصور فى غير المعاوضات ، ولذا فقد كان الاصوب ، أن يتضمن القانون المدنى نصا خاصا على تطبيق أحكام الاستغلال على التبرعات ، حتى لا يقوم أى شك فى ذلك بسبب صياغة المادة ١٢٩ / ١ التى تتكلم عن التعادل بين التزامات المتعاقدين (٢) .

(ب) الاستغلال :

المقصود بهذا الشرط أو العنصر النفسى ، كما تقول المادة ١٢٩ مدنى ، أن يكون « المتعاقد المغبون لم يبرم العقد الا لان المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا » .

---

(١) السنهورى ، الوسيط ، الموضع السابق .

(٢) كان نص المشروع التمهيدى للمادة ١٢٩ يقضى بسريان حكمها « حتى ان كان التصرف الذى صدر من المغبون تبرعا » وقد حذفت لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ هذا النص لانه من قبيل التزيد — مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ٢ ، ص ٢٠٠ . وانظر فى تحبيذ افراد التبرعات بنص خاص ، توفيق فرج ، المرجع السابق ، فقرة ٩٤ وفقرة ٩٩ .

ورغم تسمية هذا العنصر بالاستغلال ، ورغم اشارة النص الى استغلال المتعاقد الآخر لطيش المغبون أو هواه ، فان هذا لا يعنى أن « الاستغلال » (أى افعال المستغل) هو العنصر النفسى ، فهذا العنصر يجب أن يحدد بأنه : اندفاع المغبون الى قبول التصرف الذى يتحقق به الغبن تحت تأثير استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح ، فالنص لا يجعل الغبن عائبا للتصرف الا اذا تبين أن المغبون ما كان ليبـرم التصرف لولا استغلال طيشه أو هواه ، وهو نفس المعيار الذى استخدمه الشارع فى بيان شرط جوهرية الغلط أو أهمية الاكراه ، مما يظهر أن الاندفاع تحت تأثير الاستغلال ، هو العنصر النفسى للغبن (١) .

وليس من اللازم أن يتم الاستغلال بموقف ايجـابى ممن ينسب اليه هذا الاستغلال ، بل أنه يتحقق من مجرد رضـاء هذا الشخص بالحصول على مقابل أعلا بكثير مما يتوقع عادة من المعاملة التى يدخل فيها مع المغبون ، ما دام أنه من الواضح أن هذه الزيادة ترجع الى طيش المغبون أو هواه الجامح ، أى أنه يكفى لتوافر الاستغلال ، مجرد اتخاذ من ينسب اليه الاستغلال موقفا سلبيا فى الاستفادة من طيش المغبون أو هواه (٢) .

---

(١) وتحديد معنى العنصر النفسى بهذه الصورة ، هو الذى يتفق مع اعتبار الغبن صورة لعيوب الرضـاء — وقرب اسماعيل غانم ، فقرة ١١٥ .

(٢) ورغم أن « الاستغلال » سواء أتم بعمـل ايجابى او بمجـرد موقف سلبى ، يعتبر عملا غير مشروع ممن قام به ، فانه يبدو انه لا دور له فى عيب تصرف المغبون وبطلانه ، فهذا البطلان يقوم على افتراض عيب الارادة ، وهو افتراض يتوافر اساسه فى عدم التعادل الفادح بين الاداءات ، وفى الاندفاع الى التصرف بتأثير الطيش البين او الهوى الجامح ، دون أى شرط آخـر .

وانظر السنهورى ، الوسيط ، فقرة ٢٠٨ .

ولذا فقد كان من الممكن الاستغناء عن الاشارة الى الاستغلال فى النص والقول بأن التصرف يكون معيبا ، اذا تحقق فيه عدم التعادل ، =

وقد حدد النص ما يمكن أن يتحقق العنصر النفسى للغبن : بالاندفاع تحت تأثيره ، بأنه الطيش البين أو الهوى الجامح (١) •

والطيش : هو الخفة والتسرع فى اتخاذ القرارات وعدم المبالاة بنتائجها ، ومن اللازم أن يكون طيشا بينا ، أى ظاهرا ومشهورا ، وان لم يكن من الضرورى أن يكون ملازما للشخص بصفة دائمة ، بل يكفى أن يكون من صفاته فى بعض الاحوال • ونسبة الطيش الى شخص تتوقف على خلق الشخص وتربيته وسائر ظروفه ، ولذا لا يمكن أن يحدد له معنى ثابت ينطبق على كل حال ، والمثل التقليدى للطيش هو مثل الشاب الوارث الراغب فى الحصول على نقود بأية وسيلة لسد حاجته الى البذخ والتبذير ، فيأخذ فى بيع أمواله بثمن بخس أو فى الاقتراض بشروط باهظة •

والتصرف الذى يبرمه الطائش البين الطيش ، لا يتصور أن يكون مبنيا على معرفة صحيحة لكل الوقائع والظروف ، ولذا فمن الممكن القول بأنه تصرف صادر عن غير وعى أو تنور ، وعن جهل بأمور جوهرية تتصل بآثار هذا التصرف ، ومن اليسير افتراض الاندفاع الى ابرامه تحت تأثير أوهام الطيش ، أى تحت تأثير الغلط •

واذا ثبت ان المغبون لم يكن ليبرم التصرف لو لم يكن ذا طيش بين او هوى جامح ، دون ان يلحق عناصر الغبن ، كما يحددها القانون الحالى ، اى تغيير •

(١) كان النص فى المشروع التمهيدى يجعل العنصر النفسى للغبن متحققا من استغلال طيش المغبون او حاجته أو عدم خبرته او ضعف ادراكه ، أو اذا تبين بوجه عام أن رضاءه لم يصدر عن اختيار كاف ، ثم عدل هذا النص فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ليقتصر الغبن على استغلال الطيش والهوى على ان يكون الطيش بينا والهوى جامحا ، رغبة فى تضييق نطاق الاخذ بالاستغلال — مجموعة الاعمال التحضيرية ، جـ ٢ ص ٢٠١ •

والهوى الجامح ، هو الرغبـة التى تملك على الانسـان زمام نفسه ، فيجد نفسه مدفوعا الى الرضوخ لكل ما يفرضه هذا الهوى ، دون أن يستطيع مناقشة أو خيارا • والمثل التقليدى لهذا الهوى ، هو مثل الشيخ الذى يتزوج بصبية ويتعلق بها تعلقا يسلبه القدرة على رفض أى طلب لها خوفا من هجرها (١) • ومثل هذا الشخص فى ابرامه لأى تصرف تحت تأثير هذا الهوى ، لا يتمتع بحرية كاملة للاختيار بـين قبول التصرف أو رفضه ، فهو يخشى اغضاب زوجته وينفذ كل ما تطلب تجنبا لذلك ، ولو كان واعيا كل الوعى لمـا يلحقه ويلحق غيره (أبناءه مثلا) من الضرر من هذه التصرفات ، ولذا فمن اليسير افتراض أنه فاقد الحرية ، أى ضحية للاكراه •

٤٠ — جزاء الاسـتغلال :

اذا تحقق الغبن بشرطيه أو بعنصريه السابقين ، تقضى المـادة ١٢٩ مدنى ، بأنه يجوز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد • ومن هذا النص يظهر أن المشرع لم يجعل جزاء الغبن ، هو نفس جزاء عيب الارادة بالغلط أو الاكراه ، وهو البطلان ، بل أضاف الى ذلك حق المغبون فى طـلب انقاص التزاماته بدلا من البطلان •

واذا كان الغبن قرينة على عيب الرضاء ، فان البطلان الذى يترتب عليه ، لا بد أن يشبه البطلان المترتب على الغلط أو الاكراه ، من حيث أن التمسك به يتوقف على طلب صاحب الارادة المعيبة ، لضرورة

---

(١) وكذا مثل الزوجة التى تسيطر عليها الرغبة فى التخلص من رابطة زوجية عن طريق الطلاق خلعا ، فيستغل زوجها رغبتها فيشترط عليها مبلغا باهظا نظير طلاقها . ومن الامثلة ايضا مثل هاوى التحف الذى يجد تحفة تكمل مجموعة اثرية لديه ، لدى تاجر يعرف ذلك ، فيندفع بتأثـير رغبته الجامحة فى الحصول عليها الى قبول ثمن مغالى فيه حتى بالنسبة الى قيمتها كتحفة .

ذلك لكشف العيب أو تقرير وجوده ، الا أنه ، فى حال الغبن ، لا يلتزم المغبون باثبات عيب ارادته أو تحديد هذا العيب ، بل يكفى أن يثبت عناصر الغبن ، باعتباره قرينة على عيب الرضاء ، فيفترض ثبوت العيب من ثبوت القرينة •

وقصر حق التمسك بالغبن كمظهر لعيب الرضاء ، على المغبون وحده يؤخذ من نص المادة ١٢٩ ، على أن القاضى يبطل العقد « بناء على طلب المتعاقد المغبون » •

وللمغبون أن يطلب الى القضاء انقاص التزاماته ، كوسيلة لرفع الغبن ، بدلا من طلب البطلان ، ويرى الفقه أن طلب الانقاص فى هذه الحالة يمنع الحكم بالبطلان ، اذ يقتصر ما يجوز للقاضى أن يحكم به عندئذ على الانقاص المطلوب ، ولا يحق له أن يحكم بالبطلان ، على أساس أن القضاء لا يحق له أن يقضى بأكثر مما يطلب رافع الدعوى ، وأن البطلان أكثر من الانقاص (١) • أما ان طلب المغبون البطلان ، فان الفقه يرى أن للقاضى فى هذه الحالة أن يحكم بالانقاص اذا رآه كافيا لرفع الغبن (٢) وهو يحدد مقدار النقص وفقا لما يراه مؤديا الى رفع الغبن الواقع على طالب الانقاص (٣) •

---

(١) انظر مع ذلك رأينا فى ان الحكم بانقاص الالتزامات الناشئة بالارادة هو فى الواقع أكثر من الحكم بالبطلان ، لان الانقاص يفترض ابطال العقد ثم اعادة فرض الالتزامات المعدلة على أطرافه ، بحكم القانون ، فى مؤلفنا عن البطلان ، فقرة ٣٠ ص ٨٨ وما بعدها وفقرة ٩٤ . ومقتضى هذا النظر ، أن طلب الانقاص لا يمنع القاضى من الحكم بالبطلان ، لان الانقاص ينبنى على البطلان .

(٢) والقاضى يختار عندئذ بين البطلان والانقاص مسترشدا بملابسات النزاع وظروفه ، أى بالوقائع التى لا يخضع القاضى فى تقديرها لرقابة محكمة النقض . السنهورى ، فى الوسيط ، فقرة ٢١٠ .

(٣) والفقه يذهب الى انقاص التزامات المغبون يكون فى المعاوضات كما يكون فى التبرعات .

وتقضى المـادة ١٢٩ / ٣ مدنى بأنه يجوز للطرف المتعامل مع المغبون ، فى معاوضة ، أن يتوقى دعوى الابطال ، بعرض ما يـراه القاضى كافيا لرفع الغبن ، أى بعرض زيادة التزاماته الى الحد الذى يراه القاضى كافيا لاختفاء عدم التعادل الفاحش ، والقاضى يلتزم فى هذه الحالة بقبول العرض من حيث المبدأ ، ولكنه هو الذى يحدد مقدار ما يلتزم به الطرف الآخر من الزيادة ، لرفع الغبن ، وفقا لتقديره (١) • ولكن ليس للقاضى أن يفرض على الطرف الآخر زيادة التزاماته ، ان لم يطلب هو أن يستخدم حقه فى توقى البطـلان بعرض الزيادة • كذلك ليس للمغبون أن يطلب الزام الغابن بزيادة قيمة التزاماته لرفع الغبن ، ويستند هذا الحكم الى أن المـادة ١٢٩ مدنى لم تنص الا على خيار المغبون بين طلب البطلان وطلب انقاص التزاماته ، مع أن طلب زيادة التزامات « الغابن » قد يحقق نفس هدف انقاص التزامـات المغبون ، بل ويتعين وسيلة لازالة الغبن فى بعض الصور ، كما لو باع المغبون « الطائش » عينا بثمن قليل ، اذ تتحقق ازالة الغبن برفع الثمن الذى يلتزم به المشترى •

ورغم أن النص يتكلم عن حق الطرف الآخر فى توقى البطـلان الذى يطلبه المغبون ، بعرض الزيادة فى التزاماته ، ولا يتكلم عن حقه فى توقى طلب المغبون انقاص التزاماته ، فان الفقه يرى أن له الحق فى توقى طلب الانقاص ، بعرض الزيادة فى التزاماته هو بما يـراه القاضى كافيا لرفع ما لحق بالمغبون من ظلم •

---

(١) وحق توقى البطلان بعرض ما يزيل الغبن ، وسيلة منحهـا القانون للغابن ، يستطيع بها ان يدفع قرينة عيب الرضـاء بازالة العلامة التى جعلها القانون قرينة على هذا العيـب ، او على الاقل عنصـرها الجوهرى ، وهو عدم التعادل بين الالتزامات ، فيستحيل على المغبون ان يتمسك بعيب ارادته عن طريقها ، ويكون عليه لو ادعى عيب رضـائه ان يثبت ما وقع فيه من غلط او اكراه بشروطه التى حددها القانون .

ويلاحظ أن حق المغبون فى طلب البطلان أو طلب الانقاص ، يسقط اذا مضت سنة على ابرام التصرف الذى وقع فيه الغبن (المادة ١٢٩ — ٢) ، والقانون ينص على أن دعواه بعد انقضاء هذا الاجل تكون غير مقبولة . وقد انتقد بعض الفقه فى هذا الحكم أمرين : الاول : أنه يحدد للطعن بالغبن أجلا أقصر من أجل الطعن بعيوب الرضاء الاخرى ، فالاجل هنا سنة ، وفى الاكراه أو الغلط ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة . الثانى : أنه يجعل حساب الاجل من تاريخ العقد ، مع أنه يجعل بدء تقادم الطعن بالغلط أو الاكراه ثلاث سنوات من تاريخ انكشاف الغلط أو ارتفاع الاكراه ، على ألا يجاوز هذا الاجل خمس عشرة سنة من تاريخ العقد . هذا فضلا عن أن أجل رفع دعوى الغلط أو الاكراه مدة تقادم فى حين أن أجل الطعن بالغبن موعد سقوط لا يقبل الوقف أو الانقطاع كمدد التقادم ، مما يجعل سقوط الحق فى الطعن بالغبن بعد سنة من العقد أمرا محتما ، فى حين أن وقف التقادم أو انقطاعه قد يسمح بامتداد أجل الطعن فى التصرف بسبب الغلط أو الاكراه . ويرى الفقه أن تشدد الشارع بالنسبة للغبن أمر لا وجه له (١) وأن الاولى أن تكون لدعوى الطعن به نفس آجال الطعن بعيوب الرضاء الاخرى ، وطبيعة هذه الآجال (٢) .

٤١ — ملاحظات على تنظيم الغبن فى القانون المصرى :

ينظم القانون المصرى الحالى ، كما رأينا ، الغبن كعيب فى التصرفات القانونية بصفة عامة ، ولا يقصره كالقانون المدنى المصرى السابق وكالقانون الفرنسى ، على تطبيقات خاصة فى أحوال محددة .

---

(١) وان كان البعض يبرره بأن الشارع قصد من تقصير مدة الطعن بالغبن الاسراع فى حسم النزاع حول المعاملات التى يداخلها الغبن .

(٢) فيكون اجل دعوى الغبن ساريا من وقت زوال الطيش او الهوى ، وجعلها مدة تقادم لا موعد سقوط ، مع تحديد مدة اطول يتقادم بها حق رفع الدعوى ، تبدأ من تاريخ العقد ، وانظر أنور سلطان ، فقرة ١٦٣ وتوفيق فرج ، فقرة ١٤٥ واسماعيل غانم ، ص ٢٣٥ .

والقانون المصرى يتبع فى ذلك بعض التشريعات الحديثة . ويحبذ بعض الفقه فى فرنسا الاخذ بهذا التنظيم الحديث للغبن ويدعو الشارع الى سن النصوص اللازمة لذلك . ولكن البعض الآخر من الفقهاء يفضل الصورة التقليدية لتنظيم الغبن ، التى تجعله مقصورا على حالات معينة وبشروط خاصة (١) .

وفى ضوء دراستنا السابقة لتنظيم الغبن (الاستغلال) فى القانون المصرى ، نستطيع أن نتبين أن مسلك القانون المدنى السابق والقانون الفرنسى ، أفضل من طريقة القانون المدنى الحالى ، لما يأتى :

اولا : أن القصد من تنظيم عيوب الرضاء ، بصفة عامة ، هو فى الاغلب تجنب ما قد ينشأ عن وقوعها من غبن لصاحب الارادة المعيبة ، وهو ما يعنى عدم قيام ضرورة لتنظيم الغبن كعيب عام فى التصرف ، اكتفاء بتنظيم عيوب الارادة ، صحيح أن الغبن لا يظهر كشرط للابطال بسبب عيوب الرضا ولكن محاربة الغبن هدف من أهداف تنظيمها ، وقد لاحظ بعض الفقهاء أن كثيرا من أحكام القضاء الفرنسى يستخدم عيوب الرضاء ، لمحاربة الغبن (٢) .

ثانيا : أساس البطلان للغبن هو ، كما رأينا ، افتراض عيب الارادة ، وهو عيب غير محدد وغير مطلوب الاثبات ، بل يكفى للقول بوجوده تحقق الغبن (عدم التعادل) ، نتيجة لما تأثر به المغبون من طيش بين أو هوى جامح ، وتعميم الطعن بالغبن ، ولو بهذه الشروط ، ومع اطلاق جسامة الغبن من كل قيد حسابى ، يؤدى الى أن يعتبر تنظيم الغبن ، فى أكثر الصور ، تكرارا لتنظيم عيوب الرضاء ، لانه يعنى وضع قرينة على عيب الرضاء فى كل حال يصطحب عيب الرضاء

(١) انظر الاشارة الى هذه الاراء فى مؤلفنا عن البطلان ، ص ٢٧٢ .

(٢) Dijon ، رسالته عن البطلان بسبب الغبن ، مونبلييه سنة ١٩٢٠ .

فيها بعدم تعادل واضح بين الالتزامات ، مما قد يؤدى الى تعطيل أحكام عيوب الرضاء •

ثالثـا : يمكن ألا تلقى أحكام الغبن تطبيقا فى العمل : بالاستغناء عنها بتطبيق أحكام عيوب الرضاء الثابتة ، واذا لاحظنا أن النصوص الشابهة للمادة ١٢٩ مدنى ، فى القوانين الاجنبية ، لم تلق كثيرا من التطبيق فى العمل ، فاننا نستطيع أن نقول أن اتجاه المشرع المصرى الى تعميم الاخذ بالغبن قائم على اعتبارات نظرية لا عملية (١) •

٤٢ — (ب) فقدان الاهـلية :

التسليم بتدرج النمو العقلى للانسان مع سنه : وربط القدرة على الارادة السليمة بالقدرة العقلية والتفكير ، أدى الى أن يفرق القانون بين مراحل السن المختلفة للانسان من حيث افتراض قدرته على اصدار ارادة قانونية سليمة ، فقرر أن الطفل الى سن معينة لا يمكن أن تعزى اليه ارادة حقيقية ، ثم الى سن أخرى بعد ذلك ، ينظر الى قدرته على الارادة بعين الشك ، حتى يبلغ سـنا يفترض عندها تمام نضجه العقلى ، فيعتبره قادرا ، بالتالى ، على اصدار ارادة سليمة ، ويأخذ هذه الارادة فى اعتباره ، من حيث صلاحيتها لان ترتب ما يربط القانون تحققه على اتجاه الارادة اليه من الآثار القانونية • فبلوغ الانسان هذه السن التى تسمى سن الرشد يؤدى الى أن يعتبره القانون ، كامل أهلية الاداء ، بعد أن كان فاقدها •

والسن ليست العامل الوحيد الذى يربط به القانون صلاحيـة الارادة وقدرتها فى نطاق القانون ، فقد تعوق هذه الصـلاحية ، رغم

---

(٢) انظر مؤلفنا عن البطلان ، ص ٢٧٢ وهامش ٣ ودفاع الاستاذ السنهورى عن تنظيم الاستغلال فى القانون المصرى ، فى الوسيط ، فقـرة ٢١٢ .

بلوغ سن الرشد ، عوامل أخرى ، فالقانون يجعل من اصابة الانسان بمرض فى عقله أو فى حواسه ، ومن شذوذ تصرفاته فى ادارة أمواله ورعاية مصالحه ، أساسا لافتراض عجزه عن الارادة السليمة ، وبالتالى سببا لانتقاص أهليته ، ورده الى مثل حال من لم يبلغ سن الرشد ، من حيث قدرته على ابرام التصرفات القانونية ، أى اعتباره فاقد الاهلية .

ففقدان الاهلية اذن سبب لعيب التصرف القانونى ، على أساس عدم صلاحية ارادة فاقد الاهلية لان تكون تصرفا قانونيا صحيحا ، أو بتعبير أدق لافتراض عيبها وعدم سلامتها . وهو سبب لبطلان التصرف القانونى فى كل القوانين ، قديمها (١) وحديثها .

والقانون المصرى ينظم أحكام الاهلية فى نصوص القانون المدنى ، (المواد من ٤٤ الى ٤٨ ومن ١٠٩ الى ١١٩) وفى نصوص تشريع خاص لتنظيم الولاية على المال (القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢) ، فيبين أسباب فقدان الاهلية ويحدد نطاق الفقدان المترتب على كل سبب منها ، كما يعين طرق تكميل الاهلية لفاقديها ، بتعيين من يقوم مقامهم فى ابرام التصرفات القانونية ، وحدود سلطتهم فى ذلك . وليس من عملنا فى دراسة فقدان الاهلية كسبب لعيب الارادة وبطلان التصرف القانونى ، أن نفصل فى عرض كل هذه الاحكام ، بل نقتصر منها على ما يتعلق بالرضاء أو الارادة فى التصرف القانونى ، ولذا نكتفى بتحديد معنى فقدان الاهلية لابراز صلته بشرط سلامة الارادة وبيان دور هذا الفقدان فى بطلان التصرف القانونى (٢) .

---

(١) وفقدان الاهلية كان سببا للبطلان فى القانون الرومانى قبل اعتبار عيوب الرضاء أسبابا له — انظر مونييه — القانون الرومانى جـ ١ فقرة ٢٣٠ وما بعدها و جـ ٢ فقرة ٦٤ . وكذا هو سبب للبطلان فى الشريعة الاسلامية .

(٢) وذلك على اساس ان احكام اهلية الأداء تعرض بالتفصيل فى دراسة النظرية العامة للحق فى مؤلفات أصول القانون ، وانظر مؤلفنا فى أصول القانون ، فقرة ١١٩ وما بعدها .

٤٣ — معنى فقدان الاهلية :

واضح مما تقدم أننا نقصد بالاهلية ، فى كلامنا عن فقدانها ، ما يسمى فى الفقه بأهلية الاداء ، أى صلاحية الشخص لصدور التصرف القانونى منه على وجه يعتد به قانونا . أما ما يسمى فى الفقه بأهلية الوجوب ، فهى تعنى صلاحية الشخص لان يكسب الحقوق وأن يلتزم بالواجبات ، أى صلاحيته لان تثبت فى ذمته الحقوق والالتزامات ، وهذا بالضبط هو معنى الشخصية القانونية ، وثبوت أهلية الوجوب لشخص لا يرتبط بقدرته على الارادة السليمة ، أو عدم قدرته على ذلك ، كما أنها لا تتصل فى ثبوتها أو انتفائها بفكرة عيب الرضاء ، كأهلية الاداء (١) ويتبين من ذلك أن الخلاف بين أهلية الوجوب وأهلية الاداء خلاف واضح ، وأنه رغم التشابه فى التسمية ، لا محل للتقريب بينهما (٢) .

ونصوص القانون المدنى التى أشرنا اليها ، وكذا نصوص قانون الولاية على المال لا تنظم سوى أهلية الاداء ، فتبين أحوال فقدانها ، ومدى هذا الفقدان فى كل حال وطريقة ادارة شئون فاقد الاهلية .

---

(١) ولذلك فان القانون اذا حرم على شخص كسب حق ، أو اذا لم يجعله قابلا للتحمل بواجب من الواجبات ، اى اذا انتقص من اهلية وجوبه ، لا يتخذ وسيلة لذلك أن يقرر عدم كفاية ارادته أو عدم اعتبارها ارادة سليمة اى لا يصل الى ذلك عن طريق فكرة عيب الارادة ، بل يقرر ذلك بأمر مباشر يوجه الى الشخص الذى تنتقص أهلية وجوبه ، بجعل اقدامه على مباشرة الحق الممنوع عليه ، عملا مخالفا للقانون ، اى عملا غير مشروع ، أى أن فقدان اهلية الوجوب فى مثل هذه الصورة يدخل فى نطاق عدم المشروعية ، ولا صلة له بكفاية الارادة او سلامتها ، وبالتالى لا صلة له بعيوب الرضاء .

(٢) انظر مع ذلك محاولة للتقريب بين طبيعة كل منهما فى مقاله « هوآن » عن فقدان الاهلية ، المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٤٧ ص ٣٨٥ ونقد هذه المحاولة فى مؤلفنا عن البطلان ، ص ٣٦٥ هامش ١ .

ويلاحظ أننا اذ نتكلم عن فقـدان أهلية الاداء ، لا نعنى حـدا معينا من نقص قـدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانـونية بنفسه ، فلا نقصد بها ما يسميه الفقه انعدام أهلية الاداء وحده (كما فى حال غير المميز والمجنون والمعتوه) ، بل نطـلقه اصطلاحا على كل حالة لا تكون للشخص فيها أهلية أداء كاملة ، سواء أكان عديم أهلية الاداء أو ناقصها (١) •

وأسباب فقدان الاهلية ، كما حددها القانون المصرى ، هى :

١ — صغر السن ، وفيـه مرحلتان : أولاهما من الميلاد الى سن التمييز (وهى ٧ سنوات) ليس للصغير فيهـا حق ابرام أى تصرف من التصرفات القانونية ، سواء أكان تصرفا ضارا أم نافعا أم مترددا بين النفع والضرر (المـادة ١١٠ مدنى) ، والثانية من سن التمييز الى سن الرشد (وهى ٢١ سنة وفقا للمادة ٢/٤٤ مدنى) وفيها يكون للصغير حق ابرام التصرفات النافعة نفعا محضا ، ولا يكون له ابرام التصرفات الضارة أو الدائرة بين النفع والضرر ، وان كانت هـذه الاخيرة قابلة للتصحيح باجازة صاحب الولاية على ماله (الولى أو الوصى) (المـادة ١١١ مدنى) ، مع مراعاة الاحوال الخاصة التى يمنحه القانون فيها أهلية ابرام بعض التصرفات (٢) •

٢ — الجنون والعته ، وفقدان الاهلية بسببها كفقدان الاهلية فى حال الصغير غير المميز (المـادة ١١٣ والمـادة ١١٤ مدنى) •

---

(١) كترجمة للفظة الفرنسية incapacité وسنرى فيما بعد ، فى الكلام عن البطلان بسبب فقدان الاهلية ، أن انعدام الاهلية او نقصها ، بالنسبة للتصرف الذى لا تتوافر الاهلية لابرامه ، يجب أن يكون لهما نفس المعنى ونفس الأثر .

(٢) كقدرته على التصرف فى الاموال التى تخصص لنفقته (المادة ٦١ من قانون الولاية على المـال) وحقه فى ابرام عقد العمل (المـادة ٦٢) وحقه فى التصرف فيما يكسب من عمله اذا بلغ السادسة عشرة (المادة ٦٣) وحقه فى ابرام تصرفات الادارة (المادة ١١٢ مدنى والمادة ٥٤ وما بعدها من قانون الولاية على المال) .

٣ — السفه والغفلة ، ويشبه فاقد الاهلية بسببهما بالصغير المميز ، (المادتان ١١٣ و ١١٥ مدنى) ، وان كان له أن يتم بعض تصرفات بشروط معينة (كالوقف باذن المحكمة ، المادة ١/١١٦ مدنى) •

٤ — الاصابة ببعض العاهات التى تجعل التعبير عن الارادة متعذرا على المصاب بها ، اذا تقرر تعيين مساعد قضائى له ، اذ يعتبر غير قادر على الانفراد فى ابرام التصرفات التى تتقرر له المساعدة القضائية فى ابرامها ، بل يلزم أن يشترك معه فى ذلك مساعده (المادة ١١٧ مدنى) • والعجز الجسمانى الشديد يجيز تعيين مساعد قضائى ، ولذا يؤدى الى فقدان الاهلية كالاصابة بالعاهات (المادة ٧٠ من قانون الولاية على المال) •

وجميع الحالات التى يقرر القانون فيها فقدان الاهلية، يهدف فيها بذلك الى حماية أشخاص افترض عدم قدرتهم على اصدار ارادة سليمة (حرة متنورة) ، بسبب ما هم عليه من صغر السن أو بسبب ما أصيبوا به من عوارض تبرر هذا الافتراض ، رغم بلوغهم سن الرشد ، ورتب على ذلك عدم اعتبار ارادة هؤلاء الاشخاص ، لمصلحتهم ، قادرة على التزام صاحبها بما تتجه اليه من آثار ، لان القانون اذ يرتب الآثار القانونية على اتجاه الارادة اليها ، يوجب أن تكون هذه الارادة حرة متنورة ، حتى يتمكن كل مقبل على التصرف القانونى من تقدير ما يتحقق له به من المصلحة ، تقديرا صحيحا ، يجعل التصرف القانونى وسيلة عادلة لتبادل القيم ، لا أداة يثرى بها القوى على حساب الضعيف ، فاشتراط أهلية الاداء لصحة الارادة أو التصرف القانونى ، يهدف الى كفالة سلامة الارادة التى يتم بها التصرف القانونى ، ويحمى ، بذلك ، من يبرم التصرف من فاقدى الاهلية من عدم خبرته أو سوء اختياره •

واذا حددنا هدف تقرير فقدان الاهلية ، بأنه حماية فاقد الاهلية ، يجب أن نستبعد من نطاق فقدان أهلية الاداء ، كل حال تتقيد فيها

قدرة شخص على ابرام التصرفات القانونية لتحقيق هدف آخر غير حماية هذا الشخص ، فالقانون يمنع المحكوم عليه بعقوبة الجناية من ادارة أشغاله الخاصة بأمواله وأملاكه مدة اعتقاله ويختار لنفسه قيما أو تعين المحكمة قيما عليه لهذه الادارة ، كما يقضى بأنه لا يجوز للمحكوم عليه أن يتصرف فى أمواله الا باذن المحكمة ، وبغير هذا الاذن تكون التزاماته ملغاة من ذاتها ، كما تنص على ذلك المادة ٢٥ (رابعا) من قانون العقوبات ، وهذا المنع لا يهدف الى حماية الممنوع ، بل الى حماية المصلحة العامة (١) ، ولذا لا يدخل فى صور فقدان الاهلية رغم أنه حد من قدرة الشخص على ابرام التصرفات القانونية • ومن صور منع ابرام التصرفات التى لا تعتبر من أحوال فقدان أهلية الاداء لان الهدف منها ليس حماية الممنوع ، منع القضاة وأعوانهم من شراء الحقوق المتنازع فيها (المنصوص فى المادة ٤٧١ مدنى) ومع النائب من التعاقد مع نفسه (المادة ١٠٨ مدنى) (٢) •

وقد حاول بعض الفقه أن يدخل كل حالات عدم القدرة على مباشرة التصرفات القانونية فى اطار فقدان أهلية الاداء ، سواء أكان القصد من تقريره هو حماية الممنوع أو غير ذلك من الاغراض (٣) ولكن أغلب الفقه يحصر معنى فقدان الاهلية فى أحوال انتقاص قدرة الارادة على ابرام التصرفات القانونية ، بقصد حماية صاحب هذه الارادة ، نتيجة لما قد يكون عليه من عجز أو عدم خبرة أو مرض (٤) •

---

(١) وان كان يحقق مصلحة الممنوع بكفالة وجود من يدير أمواله اثناء اعتقاله . ولكن الهدف المقصود من هذا الحرمان هو غل يد المحكوم عليه بالنسبة لأمواله حتى لا يستخدمها فى الحصول على مزايا غير مشروعة اثناء الاعتقال ، او فى تدبير هروبه من السجن .

(٢) أو منع النائب من شراء ما وكل ببيعه ، لنفسه (المادة ٤٧٩ مدنى) .

(٣) مثلا اوبرى ورو ، جـ ٤ بند ٤٢٤ ص ٣٧١ (الطبعة السادسة) ، والمراجع المشار اليها فى مؤلفنا عن البطلان ، هامش ١ ص ٢٥٧ .

(٤) بلانيول وريبير وبولانجيه ، جـ ٢ فقرة ٥٧ ، وهوان ، مقالته السابقة ص ٣٨٦ ، وما بعدها .

والواقع أن قصر معنى فقدان الاهلية على الاحوال التى يعتبر فيها الشخص غير قادر على ابرام تصرفاته القانونية بنفسه ، لما يفترض من عدم كفاية ارادته ، وبقصد حمايته ، هو الذى يسمح بأن تظهر حالات فقدان الاهلية جميعا كتطبيقات لمبدأ واحد ، يجعلها فيما تؤدى اليه من عيب التصرف ، قائمة على أساس واحد ، كما تسمح بتحديد جزاء موحد الاحكام على تحققها ، كما نرى فى الكلام عن بطلان التصرف بسبب فقدان الاهلية .

فقدان الاهلية وفقدان الولاية :

ومن اللازم فى كلامنا عن فقدان أهلية الاداء أن نبين الفرق بينها وبين الولاية ، فالاهلية كما عرفنا هى صلاحية الشخص لابرام تصرفاته القانونية بنفسه أى بارادته ، فهى صلاحية الشخص بالنسبة لامواله هو نفسه ، أما الولاية فهى السلطة التى تكون لشخص بمقتضى حكم القانون أو بناء على الاتفاق ، والتى تجعل له أن يبرم تصرفات قانونية لحساب الغير ، كالوكيل أو الولى أو الوصى ، فالولاية ان كانت صلاحية ، فهى صلاحية بالنسبة لمال الغير لا لمال الشخص نفسه ، ولا يرتبط ثبوتها لشخص بقدرته على الارادة السليمة أو عدم قدرته ، بل تتوقف على ثبوت حقه فى تمثيل الغير فى التصرفات القانونية والتعامل لحسابه ، أى على وجود نيابة له عن الغير . وفقدان الاهلية يختلف فى أثره عن فقدان الولاية ، ففقدان الاهلية يترتب عليه عيب تصرف فاقد الاهلية وحق التمسك ببطلانه ، أما فقدان الولاية فيترتب عليه أن التصرف الذى يبرم لا ينتج أثره فى حق الغير الذى يتم باسمه ولحسابه ، تطبيقا لمبدا نسبية أثر التصرفات القانونية الذى يعنى أن الشخص لا يلزم بارادته الا نفسه ، ولا يمتد أثر تصرف فاقد الولاية الى الغير الا أن أقره ، أى اذا قبله . ولا تقوم حاجة الى القول ببطلان تصرف فاقد الولاية ، لان حماية « الغير » تتحقق بمبدأ نسبية أثر التصرف ، الذى يغنى عن التعرض للتصرف الذى يبرم باسمه دون

ولاية ، بالبطلان ، اكتفاء بالقول بأنه لا ينفذ على من لم يشارك بارادته فيـه (١) •

٤٤ـ فقدان الاهلية وعيب الارادة :

قصر فقدان الاهلية على أحوال عدم القدرة على ابرام التصرفات القانونية ، التى يقررها القانون بقصد حماية فاقدى الاهلية ، يسمح ببيان صلة فقدان الاهلية بعيب الارادة فى نطاق تفسير واحد ومبدأ عام يسرى على كل حالاته • وقد أشرنا من قبل الى أن غاية القانون من تقرير فقدان الاهلية فى كل الصور التى يصدق عليها هذا الوصف ، هى حماية أشخاص رجح القانون ، مع ما هم عليه من سن أو حال عقلية أو صحية أو ظروف خاصة ، أن ارادتهم لا تكون هى الارادة الحرة المتنورة التى ينشأ بها التصرف القانونى الصحيح ، والتى يلزم القانون صاحبها بما يعلن التزامه به ، فاعتبرها ارادة غير كافية لالزام صاحبها •

ولكن كيف تتحقق حماية هؤلاء الاشخاص من ضعفهم وعجـز ارادتهم ، هل يكون ذلك بمنعهم من ابرام التصرفات القانونية ، منعا مباشرا ، وبالتالى حرمانهم من المشاركة فى النشاط القانونى ، بأمر قانونى مطلق غير جائز المخالفة منهم أو من غيرهم ، فيصبح ابرام فاقد الاهلية لتصرف من التصرفات عن غير طريق نائبه القانونى عملا مجرما ، ويكون هذا التصرف باطلا لصدوره على خلاف أمر القانون ، فيكون للقضاء أن يحكم ببطلانه من تلقاء نفسه اذا عرض عليـه نزاع متعلق به ، ويكون للمتعامل مع فاقد الاهلية التمسك بعدم صحة هذا التصرف ، ولو كان مفيدا لفاقد الاهلية ، ولو كان هذا راغبا فى ابقائه ، هو أو من يرعى مصالحه من ولى أو وصى أو قيم ، بعد علمه بـه واقراره ؟

---

(١) انظر فيما سبق ، كلامنا عن النيابة فى التصرف القانونى ، فقرة ٤٢ ص ٩٨ وما بعدها ، ومؤلفنا عن البطلان ، فقرة ٨٩ •

الواقع أن اتباع هذه الوسيلة لا يتفق مع قصد الحماية الذى يهدف اليه القانون من تقرير فقدان الاهلية ، ولذا فان القانون قصر حق التمسك ببطلان تصرف ناقص الاهلية ، عليه وحده هو أو من يمثله ، فلا يستطيع القضاء أن يقرر هذا البطلان ان لم يتمسك بـه صاحب الحق فيه ، كما يمتنع على أى شخص آخر ، ولو كانت لـه مصلحة فى ذلك ، أن يتمسك به . وهذه هى ذات الاحكام التى تميز البطلان المترتب على عيب الارادة (١) ، وقد أخذ بها القانون فى حال فقدان الاهلية ، لانه اتخذ فكرة عيب الرضاء أساسا لكفالة الحماية التى يريد تحقيقها لفاقدى الاهلية ، فهو لا يجعل ارادتهم غير صالحة لابرام التصرف القانونى ، عن طريق منعهم مباشرة من ابرام هذا التصرف ، وانما يصل الى تحقيق هذه الحماية عن طريق افتراض عيب رضـاء (ارادة) فاقد الاهلية ، فالقانون يجب أن يجعل من صغر السن أو الحال العقلية أو طريقة الشخص فى التصرف فى أموالـه أو العاهـات التى يصاب بها(٢) ، علامات يقف عندها ليفترض أن هذا الشخص ، بسبب حاله أو ظروفه ، غير قادر على اصدار ارادة لها من التنور والحرية ما يكفى لان تعتبر ارادة ينشأ بها التصرف القانونى ، أى يفترض عيب رضاء هذا الشخص فى الاحوال التى يقرر فيها فقدان أهليته ، ويقيم قرينة قانونية على هذا العيب ، من السن أو المرض أو بعض الظواهر الاخرى (كالتبذير فى حال السفه) . والعيب الذى يضع القانون قرينة عليه ، عيب غير محدد ولا يطلب تحديده أو اثبات وجوده ممن يتمسك بفقدان أهليته ، بل يكون مجرد تمسكه بفقدان الاهلية ، تمسكا بهـذا

---

(١) وقصر التمسك بعيب الرضاء على صاحب الرضاء المعيب . يقوم ، كما اشرنا من قبل ، على ان اكتمال عناصر هذا العيب ، وفقـا للقانون ، يقتضى افصاح صاحب الارادة المعيبة عن وجود العيب واندفاعه الى ابرام التصرف تحت تاثيره ، وقبل هذا الافصاح الذى تكتمل به عناصر العيب ، لا يستطيع احد ان يدعى وجوده . وسنعود الى ذلك فى الكلام عن البطلان .

(٢) بشرط صدور قرار قضائى بالحجر او بتعيين مساعد قضـائى ، فى غير حالات صغر السن .

العيب المفترض • وهذا الاعفاء من تحديد العيب اللاحق بالارادة ومن اثباته ميزة للاشخاص المقصودة حمايتهم ، تتفق مع هذا القصد ، وتحققه تحقيقا كاملا (١) •

والقصد الى حماية من يفترض عيب رضائهم ، يجعل من المنطقى أن يقتصر عليهم وحدهم ، أو من ينوب عنهم قانونا ، فى كل صور فقدان الاهلية ، حق التمسك بقرينة عيب الرضاء ، وهم يختارون هذا التمسك على أساس وزنهم لمصالحهم من ابقاء التصرف أو ابطاله • واباحة التمسك بالبطلان فى هذه الحال ، لغيرهم ، قد تؤدى الى الحاق أضرار بفاقدى الاهلية ، ان كان التصرف بالنسبة لهم صفقة رابحة ، ولذا فان هذه الاباحة تتعارض مع قصد الحماية • ويترتب على ذلك أن البطلان لفقدان الاهلية ، يجب أن يكون فى جميع الاحوال ، بطلانا لا يتمسك به سوى من تقررت حمايته ، أى بطلانا نسبيا •

ولكن الفقه لم ينظر الى هذا الاعتبار دائما فى تحديد أثر فقدان الاهلية ، بل اتجه فى تحديد هذا الاثر الى مراعاة ما يمكن وصفه بأنه اعتبارات فنية ، اذ نظر الى مقدار تمييز الشخص أو بالاصح عدم تمييزه لبيان هذا الاثر ، فاذا كان الشخص عديم التمييز كالصغير دون السابعة أو المجنون أو المعتوه ، وصفه الفقه بأنه عديم الارادة ، وجعل تصرفاته باطلة بطلانا يتفق مع هذا « العدم » فى شدته ، أى بطلانا مطلقا ، أما ان كان الشخص مميزا ناقص الادراك ، كالصغير المميز ومن يشبه به كالسفيه وذى الغفلة ، فارادته موجودة ولكنها ناقصة كادراكه ، ولذا فتصرفه باطل بطلانا أخف ، لا يتمسك به سوى فاقد الاهلية ، ولذا يوصف بانه بطلان نسبى (٢) •

---

(١) انظر مقالة هوان ، المجلة الفصلية سنة ١٩٤٧ ، ص ٢٨٦ وان كان يرى خلافا بين فقدان الاهلية وعيوب الرضاء ، ص ٢٨٧ . وانظر مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدنى ، ج ٢ ص ١٣٧ .

(٢) انظر مؤلفنا عن البطلان ، فقرة ٩٠ والمراجع المشار اليها فى هامش ٢ ص ٢٦٢ و ص ٢٦٤ .

وقد أخذ القانون المصرى الحالى بهذه التفرقة فى نصوص تقضى بالبطلان « المطلق » لتصرف غير المميز أو المجنون والمعتوه ، على أساس انعدام ارادته (فى المادتين ١١٠ و ١١٤ مدنى) والبطلان « النسبى » لتصرف فاقد أهلية الاداء (ناقص الارادة) كالصبى المميز أو السفيه ومن يشبههما (المواد ١١١ و ١١٥ و ١١٧ مدنى) .

ورأى هذا الفقه ، وبالتالى مسلك القانون المدنى المصرى الحالى ، لا يسنده المنطق القانونى ، أو مقتضى فكرة الحمـاية التى يهدف نظام فقدان الاهلية الى تحقيقها :

ففقد الاهلية ، سواء أبنى على انعدام التمييز تماما أو على نقص الادراك مع توافر التمييز ، معناه أن الارادة غير كافية فى نظر القانون لان ينشأ بها تصرف قانونى ، لان هذه الارادة لا تتوافر لها الشروط التى تجعلها قائمة فى نظر القانون ، وانعدامها فى نظر القانون يتحقق ولو كانت ارادة شخص مميز ما دام غير كامل الاهلية ، وتستوى فى هذا مع ارادة عديم التمييز تماما ، فعدم وجود كل منهما فى نظر القانون (اذا تمم التمسك بفقدان الاهلية) ، من درجة واحدة (١) . ومن ناحية أخرى فانعدام الاهلية يعنى أن عديم الاهلية غير قادر على ابرام أى تصرف ، أما نقص الاهلية فيعنى أن الشخص غير قادر على ابرام بعض التصرفات دون الآخر ، ولكن هذا الفرق ليست له أهمية بالنسبة للتصرف الذى لا تتوافر الاهلية له ، بالنسبة لكل منهما ، اذ يستوى أن يكون فاقد الاهلية قادرا على ابرام تصرف آخر أو غير قادر على ذلك ، لان هذا لا يغير من شروط التصرف الذى لا تتوافر الاهليـة لابرامـه (٢) .

---

(١) ويقال عادة ان العدم لا مراتب فيه ، وما يمكن ان يقال به من وجود للارادة فى حال نقص الاهلية وانعدام تام لها فى حال انعدام الاهلية ، يمكن ان يقبل من وجهة النظر النفسية لا من وجهة النظر القانونية .

(٢) فانعدام الاهلية او نقصها مسألة تتعلق اذن بتحديد نطـاق التصرفات الممنوعة ولا تعنى اختلافا فى « عمق » عدم القدرة على تصرف ما ، وقرب هوان ، مقالته السابقة ٥ ص ٣٩٢ .

ثم ان فكرة الحماية التى يهدف اليها تنظيم فقدان الاهلية تقتضى أن يكون التمسك ببطــلان التصرف قائما على افتراض عيب الرضاء لمصلحة فاقد الاهلية وحده ، لان هذا هو الذى يسمح باختياره ابطال التصرف أو ابقاءه بعد وزن مصالحه ، فاذا أبيح لغير فاقد الاهليــة التمسك ببطلان تصرفاته لهذا السبب ، أدى ذلك الى الاضرار بمصلحته فى بعض الاحيان ، ولا تظل حمايته فى نطاق هدفها ، وهو دفع المخاطر عنـــه (١) .

أما اقامة التفرقة بين انعدام الاهلية ونقصانها ، على أساس أن عديم الاهلية عديم التمييز ، ولا يمكن أن تنسب اليه ارادة ، على خلاف ناقص الاهلية الذى يتوافر له التمييز ويمكن أن تنسب اليــه الارادة ، فيبدو قليل الاهمية ، نظرا الى أن البحث عن عيب الارادة (فى التصرف القانونى) يفترض وجود تعبير عن الارادة لا يسمــح تفسيره بالكشف عن انعدام الارادة ، أى لا يكشف تفسيره عن تهاتره ، فاذا تبين من هذا التفسير أنه لا يوجد تعبير جاد وبات عن ارادة تتجه الى احداث آثار قانونية ، لا تقوم حاجة الى البحث عن عيوب فى ارادة لم يتحقق وجودها ، أما اذا كان تعبير الطفل أو المجنون (عــديم الاهلية) تعبيرا متماسكا يكشف عن قصد الى آثار قانونية ، فان صاحب هذا التعبير لا يكون أكثر فقدانا للتمييز ممن نعتبره ناقص الاهليــة فقط ، مما يوجب التسوية بين مركزيهما بالنسبة لهذا التصرف فنجعل بطلان تصرفه متوقفا على طلبه أو طلب من يمثل مصالحه ، ولا نفتح باب التمسك بهذا البطلان لاى شخص آخر .

وأحكام القضاء الفرنسى كانت ، تأخذ بالبطلان « النسبى » دون البطلان « المطلق » فى حال « الجنون » أو فقدان التمييز وأيد الفقه الفرنسى مسلك هذا القضاء . وهذا الاتجاه القضائى والفقهى كان

---

(١) قرب بلانيول وريبير واسمان ، ج ٦ ، فقرة ١٧٣ .

يعكس الاحساس بعدم فائدة التفرقة بين أثر انعدام الاهلية وأثر نقصها ، على التصرف القانوني • وقد أقر الشارع الفرنسى مسلك القضاء والفقه ، فى نص المادة ١١٢٥ من القانون المدنى الفرنسى (بالقانون رقم ٦٨ — ٥ بتاريخ ١٩٦٨/١/٣٠) وجعلها تنص على أن « الاشخاص ذوو أهلية الالتزام لا يحق لهم التمسك بفقدان أهلية من تعاقدوا معهم » وبدا جعل القانون الفرنسى ، بالنص ، كل صور فقدان الاهلية سواء أكانت أحوال انعدام أهلية أو نقص أهلية ، سببا لبطلان لا يتمسك به الا فاقد الاهليـة أو من يمثله ، أى « بطـلان نسبى » ، كما يسميه الفقه •

ونصوص القانون المصرى الحالى واضحة فى التفرقة بين بطـلان التصرف بسبب نقص الاهلية وبطلانه بسبب انعدامها ، فتجعل البطلان الذى يتمسك به كل ذى مصلحة ، والذى تقضى به المحكمة من تلقـاء نفسها ، هو البطلان الذى يلحق تصرفات الصغير غير المميز والمجنون والمعتوه • وهذه الصورة من البطلان لا يمكن قبولها فى نطاق نظرية عيوب الرضاء ، أى على أساس اعتبار فقدان أهلية الصغير أو المجنون أو المعتوه ، قرينة على عيب الرضاء ، لان البطـلان المترتب على عيب الرضاء هو ، بالضرورة وفى جميع الاحوال ، البطلان الذى يتمسك به صاحب الرضاء المعيب وحده ، دون أى شخص آخر ، ولذا نستطيع أن نقول أن تنظيم القانون المدنى المصرى لفقدان الاهلية لدى الصغير غير المميز أو المجنون أو المعتوه ، يخرج هذه الصور من نطاق فقـدان الاهلية ، الى نطاق المنع القانونى الذى لا صلة له بعيب الرضاء (١) •

---

(١) ونراه تنظيما منقدا للاسباب التي عرضناها فى المتن ، ونعتقد ان فقدان الأهلية يجب أن يعتبر فى كل صورة ، مظهرا لعيب مفترض فى الرضا ، يؤدى الى بطلان التصرف ، بطلانا « نسبيا » ليس من حق غـير فاقد الاهلية او من يمثله التمسك به •

٤٥ ـ اخفاء فقدان الاهلية :

يثبت حق الشخص فى الاستناد الى فقدان أهليته فى طلب بطلان تصرفه ولو كان المتعامل معه يجهل أنه فاقد الاهلية • بل ان حق فاقد الاهلية فى التمسك بالبطلان يثبت له ولو كان قد أخفى نقص أهليته بطرق احتيالية ، وتنص على هذا الحكم المادة ١١٩ مدنى ، التى تقضى بانه « يجوز لناقص الاهلية أن يطلب ابطال العقد ، وهذا مع عدم الاخلال بالزامه بالتعويض ، اذ لجأ الى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته » • فهذه المادة تقرر حق الشخص فى التمسك بنقص أهليته رغم اخفائه نقص أهليته بالطرق الاحتيالية ، ولكنها تقرر أيضا الزام ناقص الاهلية بتعويض من تعامل معه عما يصيبه من الضرر بسبب ابطال « العقد » فى هذه الحال (١) • ويوجد فى القانون الفرنسى نص يعالج هذه المسألة ، هو نص المادة ١٣٠٧ مدنى الذى يقرر أن القاصر الذى يدلس على الغير لاخفاء نقص أهليته ، لا يحق له استرداد ما أداه تنفيذا لما تعهد به ، وقد مد الفقه الفرنسى حكم المادة ١٣٠٧ الى كل فاقدى الاهلية ، لا القاصر وحده ، كما فسره على أنه يضع جزاء لخطأ فاقد الاهلية ، ولكنه جعل امساك تصرف فاقد الاهلية ، رغم بطلانه ، خير صورة للتعويض فى هذه الحالة (٢) • الا أن اختلاف النص المصرى فى صياغته عن نص القانون الفرنسى يكشف عن رغبة الشارع المصرى فى استبعاد ابقاء تصرف فاقد الاهلية قائما ، كصورة من صور التعويض (٣) ، وحكم القانون المصرى أكثر اتفاقا مع فكرة الحماية التى يقوم عليها تنظيم فقدان الاهلية •

---

(١) والتزام الشخص بتعويض الضرر المترتب على خطئه ، يكفى له ان يكون المخطىء مميزا ، وفقا للقاعدة العامة فى المسئولية « التقصيرية ».

(٢) ويخالف هذا الاتجاه بعض الفقه الفرنسى، مثلا Berger Vachon مقالته عن تدليس فاقدى الاهلية ، المجلة النقدية سنة ١٩٣١ ، ص ٢٧٧ ، وقد ارجع حكم نص القانون الفرنسى الى الخلط بين نظامين لحماية القصر كانا موجودين فى القانون الرومانى ، ص ٢٧٨ ، وانظر مؤلفنا عن البطلان ، نقـرة ٩١ .

(٣) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ ٢ ص ١٢٨ .

٣ ـ مشروعية الارادة

٤٦ ـ محل الارادة وسببها :

مشروعية الارادة كشرط فى التصرف القانونى ، تعنى أنه يلزم فى هذه الارادة ألا تكون مخالفة ، بما تنصب عليه من موضوع (محل) ، وبما تهدف اليه من غاية (سبب) ، لقاعدة آمرة من قواعد القانون ، فان تحققت فيها مثل هذه المخالفة ، كانت ارادة غير مشروعة ، لا يرتب القانون عليها ما تقصد اليه من آثار ، أى كانت ارادة باطلة •

ومجمل هذا الشرط ، كما يظهر من عرضه بالصورة السابقة ، هو أن يكون للارادة محل وسبب مشروعان ، أى غير مخالفين للقانون • ولكن الفقه ، ونصوص التشريع ، لا تتناول المحل والسبب وشروط كل منهما بهذه الطريقة ، فالمحل والسبب ليسا ، لدى أغلب الفقه وفى النصوص ، من أركان أو عناصر الارادة ، كما أن شروطهما لا تقتصر على شرط المشروعية بل تضاف اليه شروط أخرى •

فالفقه التقليدى الفرنسى يذهب الى أن المحل والسبب ركنـان للعقد ، متأثرا فى ذلك بصياغة المـادة ١١٠٨ من القانون المدنى الفرنسى التى تحدد الشروط الجوهرية لصحة « الاتفاقات » • ولـما كان مقتضى هذا النظر أن يكون كل من المحل والسبب واحدا فى كل عقد ، واذ لاحظ الفقه الحديث أن كلا منهما يتعدد فى كل عقد بتعدد الأشخـاص الذين تترتب على عاتقهم التزامات ناشئة عن هذا العقد ، فقد ذهب هذا الفقه الحديث الى أن المحل والسبب ركنان للالتزام لا للعقد • وقد أخذت نصوص القانون المـدنى المصرى الحالى (المواد من ١٣١ الى ١٣٧) باعتبار المحل والسبب من أركان الالتزام ، وصـياغتها تعتبر ، لذلك ، صدى لرأى هذا الفقه الحديث •

كما يحدد الفقه شروط المحل والسبب ، فى العقد أو فى الالتزام ، وفقا للرأى الذى يأخذ به فى تحديد مكانهما ، على الوجه الآتى :

بالنسبة للمحل :

١ — يجب أن يكون موجودا أو ممكنا (أى ألا يكون منعــدما أو مستحيلا) .

٢ — أن يكون معينا أو قابلا للتعيين .

٣ — أن يكون داخل التعامل أى لا يكون التعامل فيه ممنــوعا (مشروعية المحل) .

بالنسبة للسـبب :

١ — أن يكون موجودا .

٢ — أن يكون صحيحا غير كاذب .

٣ — أن يكون مشروعا .

وهذا التحديد لشروط المحــل والسبب ، كاد أن يكون تحــديد نصوص القانون المدنى المصرى لهذه الشروط [1] .

واعتبار المحل والسبب من أركان العقــد يقتضى ، كما أشرنا ، أن تكون لكل منهما ، فى كل عقد ، الوحدة التى تستلزمها وحدة العقد نفسه باعتباره كائنا قانونيا بسيطا له شروط وأركان ، وقد فشل من

---

(١) فتحديد نصوص القانون المدنى لهذه الشروط لا يختلف الا فى عدم اعتبار صحة السبب شرطا له على اعتبار انه من صور الغلط ، مجمــوعة الأعمال التحضيرية ، جـ ٢ ص ٢٢٦ . وانظر الوسيط للسنهورى ، جـ ١ فقرة ٢٩٢ حيث يقول ان للسبب فى القانون الحالى شرطا واحــدا ، هو ان يكون مشروعا .

قال باعتبارهما ركنين للعقد فى ايجاد هذه الوحدة أى تحديد محل واحد وسبب واحد فى كل عقد ، فظل تعدد كل منهما فى العقد الواحد قائما ، وبسبب هذا التعدد اتجه الفقهاء الى اعتبار المحل والسبب من أركان الالتزام لا من أركان العقد .

وجعل المحل والسبب ركنين للالتزام ، رأى يأخذ به كثير من الفقهاء فى الوقت الحاضر ، ولذلك يمكن أن يقال أنه الرأى السائد فى الفقه الحديث (١) .

على أن ذهاب هذا الفقه الى اعتبار المحل والسبب ركنين للالتزام ، وما يقتضيه ذلك من اعتبارهما ركنين للالتزام بصفة عامة ، سواء أكان ناشئا عن العقد أو عن غيره من مصادر الالتزام كالفعل الضار أو الفعل النافع ، هذا الاعتبار ، لم يقترن باستبعاد الكلام عنهما بين شروط العقد للكلام عنهما هى دراسة الالتزام فى ذاته ، بصرف النظر عن مصدره ، بل ظل كل الفقه ، ومنه أصحاب هذا الرأى أنفسهم على معالجة أحكامهما فى دراسة أركان العقد وأخذوا يسوقون لذلك تبريرات لا تتفق مع منطق الرأى الذى يتبعونه ، فيقولون ، لتبرير ابقاء دراسة المحل والسبب ، رغم أنهما ركنان للالتزام ، فى دراسة أركان العقد ، ان العقد انما يقصد اليه لما ينشىء من التزام وكل التزام لا بد فيه من محل وسبب والا كان باطلا فيبطل العقد تبعا . هذا بالاضافة الى ما يقولون به،من أن بحث الشروط التى يتطلبها القانون فى المحل لا يكون الا فى الالتزام الناشىء عن عقد أما السبب فهو ليس ركنا الا فى الالتزام التعاقدى .

ولكننا نعتقد أن عدم امكان الفصل بين المحل والسبب وبين العقد ، لا يرجع الى المبررات السابقة وحدها ، وانما يرجع ، كما

---

(١) انظر تفصيلا فى عرض هذه الآراء . فى بحثنا عن طبيعة المحل والسبب فى التصرف القانونى ، فى مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٦٤ ص ٣٠١ وما بعدها .

يقولون هم أنفسهم الى أن السبب (بمعنى الغاية) لا يتصور الا فى العقد حيث يكون لارادة أطرافه دور هام فى ابرامه ، والى أن شروط المحل ، تلزم شروطا لصحة العقد دون غيره من مصادر الالتزام ، ولا أهمية لها فى غير محل العقد ، الذى يتعين بارادة المتعاقدين ، ذلك أن محل الالتزام الذى ينشأ عن فعل ضار أو الاثراء على حساب الغير مثلا ، يتحدد بحكم القانون •

ومن ناحية أخرى ، فالالتزام الذى يتكلم الفقه عن أركانه ، أثر أو نتيجة تنشأ من واقعة معينة تعتبر مصدرا له ، والاركان والشروط ، لا تستلزم فى الاثر أو النتيجة وانما تلزم فى المصدر الذى ينشأ عنه هذا الاثر أو تترتب عليه هذه النتيجة ، ولذا لا يتصور ، منطقيا ، أن يكون المحل أو السبب ، ركنا فى الالتزام باعتباره هذا الاثر القانونى ولا يمكن فهم هذا الرأى الا اذا أخذ « الالتزام » على معنى التعهد أو الارتباط (١) ، وهو عندئذ يعنى الارادة (٢) •

ومن جهة أخرى يلاحظ أن من مقتضى اعتبار المحل والسبب من أركان الالتزام أن يتعدد كل منهما فى العقد الواحد بقدر عدد الالتزامات الناشئة عنه ، واذا كان تعدد « المحلات » بعدد الالتزامات أمرا

(١) ترجمة للنظتى promesse او engagement . وتذكر المادة ١١٠٨ مدنى فرنسى هذه الكلمة الاخيرة ، كما ان كلام بعض الفقه الحديث يوحى بانهم يقصدون الالتزام بهذا المعنى acte de s'obbiger — مقالتنا السابقة هامش ١٥ فقرة ٦ .

(٢) وقد عاون على الاتجاه الى جعل كل من المحل والسبب ركنا فى الالتزام ، تحديد معنى كل منهما فى الفقه التقليدى ، فقد حدد هذا الفقه المحل فى العقد بانه المال الواجب الاعطاء او العمل الذى يجب القيام به أو الامتناع الذى يتم الالتزام به ، وهذا هو ، فى الواقع ، محل الالتزام ، لا العقد ، كما ان هذا الفقه حدد للسبب معنى موضوعيا او ماديا ، فقال انه ، فى المعاوضات ، المقابل الذى يحصل عليه الملتزم ، فكان من اليسير لذلك مساواة السبب بالمحل فى ربطه بالالتزام وجعله ركنا أو عنصرا فيه .

مقبولا ، لان كل التزام من التزامات العقد له بالضرورة موضوع ينصب عليه ، فان هذا التعدد بالنسبة للسبب أمر غير مقبول ، فليس من المتصور أن يكون لالتزامات البائع . مثلا ، بنقل ملكية المبيع وبتسليمه وبالضمان (١) ، ثلاثة أسباب (أى غايات) مستقلة ، فالبائع له غاية واحدة ، أى أن التزاماته كلها لها سبب واحد هو رغبته فى نقل ملكية المبيع الى المشترى فى مقابل الثمن ولا يتصور لذلك تعدد الاسباب فى العقد الا مع تعدد الاشخاص فيه ، على أساس أن لكل شخص غاية واحدة من التحمل بكل التزامات العقد ، مما يكشف عن أن السبب لا يمكن أن يكون عنصرا فى الالتزام ولو قصرناه على الالتزام الذى ينشأ عن العقد (٢) دون الالتزامات التى تنشأ عن المصادر الاخرى .

وقد أحس كثير من الفقهاء بالتناقض الذى ينطــوى عليه اعتبار المحل والسبب ركنين للالتزام ، واتجهوا الى اعتبارهما من عنــاصر الارادة التى تتجه لانشاء الالتزام ، أى التصرف القــانونى (٣) . والواقع أن هذا الاتجاه الاخير هو الاتجاه الصحيح لانه يوفق بين جعل المحل والسبب من أركان مصدر الالتزام ، وبين امكان تعدد المحل والسبب فى العقد الواحد بقدر تعدد الارادات التى تشترك فيه ،

---

(١) كذلك المشترى تقع على عاتقه هو الآخر ثلاثة التزامات رئيسية هى التزامه بالثمن والتزامه بالتسلم والتزامه بتكاليف العقد .

(٢) والكلام عن اركان الالتزام وشروط هذه الاركان ، يقتضى بيان اثر تخلف هذه الشروط فى الالتزام نفسه ، وهذا ما ذهب اليه بعض الفقه فعلا ، فقد جعل بعض الفقه اثر تخلف شروط المحل او السبب بطلان « الالتزام » مع ان الالتزام اثر او نتيجة ، ينشأ عن تصرف قانونى صحيح فان كان التصرف باطلا لم ينشأ الالتزام ، فما يوصف بالبطلان هو مصدر الاثر لا الاثر نفسه ، ووصف المصدر بالبطلان يعنى عدم نشوء الالتزام . وقد ذهب بعض الفقه الى وصف « المحل » او السبب بالبطلان — انظر مقالتنا السابقة ، ص ٣٠٦ وهامش ٢١ فقرة ٦ .

(٣) انظر الآراء المشار اليها فى مقالتنا السابقة ، فقرة ٧ ص ٢٢٦ وما بعدها .

دون أن يجعلهما ركنين للعقد أو للالتزام ، وانما يجعلهما من أركان التصرف القانونى ، أى من أركان الارادة التى تقصد الى احداث أثر قانونى •

على أن جعل المحل والسبب من عناصر الارادة ، يفرض معنى خاصا أو طبيعة خاصة لكل منهما ، ولا يقتصر أثر الاخذ بهذا الرأى على تغيير تصورهما أو معناهما عما يسود فى الفقه، بل يقتضى اندماجهما معا فى عنصر واحد للارادة ، فيكونان معا مضمونها الذى تستطيع أن نسميه محلها أو غايتها على حد سواء ، ويؤدى اعتبارهما عنصرى الارادة أو مضمونها أيضا الى اختلاف تحديد شروطهما عما يحددها به الفقه ، فتصبح شرطا واحدا ، هو شرط المشروعية ، ونبين فيما يلى معنى كل من المحل والسبب كعنصرين للارادة وتصورنا لاندماجهما فيما يسمى « مضمون الارادة » ثم نستعرض شروط المحل والسبب كما يحددها الفقه ، لنرى عدم امكان الاخذ بها مع هذا التصور الجديد لمعنى المحل والسبب •

٤٧ — أولا : معنى المحل والسبب كعنصرين للارادة :

اذا كنا نأخذ بأن المحل والسبب من أركان أو عناصر التصرف القانونى أى من عناصر الارادة ، فان هذا يعنى أن كلا من المحل والسبب جزء من الارادة ، وانه لذلك لا يمكن أن يكون شيئا خارجا من هذه الارادة وانما هو مجرد تصور (١) من التصورات التى يبنى عليها العمل الارادى ، وهذا يقتضى ألا يكون لأى منهما وجود خارجى مستقل عن وجود الاراد ذاتها ، وهذا يعنى أن كلا منهما لا يمكن أن تكون له طبيعة موضوعية أو مادية ، فهو مجرد عامل من العوامل التى أخذت فى الاعتبار عند اتجاه الارادة الى تحقيق الاثر القانونى ، وطبيعته لذلك نفسية أو ذاتية • والقول بالطبيعة الذاتية أو النفسية للسبب ،

---

(١) representation

ليس غريبا على تحديد الفقه لمعناه ، على خلاف الحال بالنسبة للمحل ، خصوصا مع القول بأنه محل الالتزام ، اذ يبرز الفقه دائما طبيعته المـادية ويؤكدها (١) ، ولكننا نعتقد أن هذه المـادية أن صدقت على محل الالتزام ، فلا يتصور أن تصدق على محل التصرف القانونى ، كما نرى فى الكلام عنهما فيما يلى :

المحـــل :

يعرف المحل فى الفقه (محل الالتزام) بأنه الامر الذى يلتزم المدين القيام به ، سواء أكان اعطاء (نقل ملكية) (٢) أو عملا أو امتناعا . وهذا التعريف لمحل الالتزام تعريف لا اعتراض عليه ، ولكن الفقه الفرنسى يعتبره تعريفا لمحل العقد أيضا ، ويصف بعض الفقه الفرنسى المحل بانه مادة التعهد ، أخذا بتعبير المـادة ١١٠٨ مدنى فرنسى ، مما يبرز تصور طبيعة محل العقد باعتبارها طبيعة ماديـة أو موضوعية ، وقد صرح بعض الفقهاء بذلك فقالوا ان المحل فى جميع الاحوال مادى لانه يتمثل فى شىء محسوس أو عمل ايجابى أو موقف سلبى خارجى (٣) .

ولكن اذا أردنا أن نحدد معنى المحل وطبيعته باعتباره عنصرا فى الارادة ، فلا يمـكن أن تـكون له مثـل هذه الطبيعة المـادية أو الموضوعية ، فالارادة عمل نفسى ، وكل عنصر فيها لا بد أن يـكون نفسيا (أو معنويا) مثلها . ومحل التصرف يمكن تحديده على هـذا

---

(١) وان كنا نصادف فى اقوال بعض الفقهاء ، مـا يمكن ان يعتبـر احساسا بالطبيعة الذاتية لمحل التصرف القانونى ، خصوصا فى التعبير عن هذا المحل بانه « الغاية » او وصف غايـة التصرف بأنهـا « موضـوعه او محله » .

(٢) بل ان الفقه يعتبر الشىء الذى يرد عليه الالتزام بنقل الملكية محل هذا الالتزام .

(٣) بونكاز ، تكملة بودرى ، ج ٢ فقرة ٨١ ، والمراجع المشار اليها فى مقالتنا السابقة ، هامش ٢ فقرة ١٠ ص ٣٣٨ .

الاساس بأنه تمثل أو تصور representation تحقيق الاثر القانونى المقصود من التصرف ، أى تصور تحقق « الالتزام » الذى يهدف اليه صاحب الارادة مع سائر الآثار المرتبطة به (١) •

وقد ذهب بعض الفقه فى تصوير المحل الى مثل ما نقول به ، فقال البعض أن المحل عنصر قانونى معنوى ، ورفض التصوير المادى للمحل الذى يأخذ به الفقه مبررا ذلك بأن أطراف التعاقد لا ينصب اتفاقهم الا على تصورات فاذا ما تم اتفاقهم عليها ، تكون العقد (٢) ، وقال البعض الآخر أن المحل ليس عنصرا ماديا لان المحل هو ما تنصب عليه الارادة ، ولذا يدخل فى نطاق الارادة ويختلط بها ، فيصبح ذا طبيعة ذاتية أو شخصية (٣) •

ويفرق بعض الفقه بين محل الالتزام ومحل العقد ، فيقولون أن محل الالتزام هو الاداء الذى يجب على المدين أن يقوم به سواء أكان عملا (أو اعطاء) أو امتناعا • أما محل العقد فهو العملية القانونية التى يراد تحقيقها من وراء العقد ، وأنه اذا كان أثر العقد هو انشاء التزامات فان هذه الالتزامات ترمى فى مجموعها الى تحقيق العملية القانونية المقصودة من العقد • ونحن نعتقد أن العملية القانونية المقصودة فى العقد لا يمكن أن تكون ، اذا أخذناها مع كل الظروف المحيطة بها ، الا الهدف الذى يرمى اليه صاحب التصرف ، أى غايته من التصرف ، مما يعنى أن تحديد المحل بهذه الطريقة يجعله عنصرا فى الارادة ذا طبيعة نفسية لا مادية •

---

(١) والمحل هو تصور نشوء الالتزام اما ترتب هذا الالتزام فعلا ، فهو اثر التصرف .

(٢) ديموج — الالتزامات — ج ٢ فقرة ٧٤٤ .

(٣) جابيو ، مؤلفه عن البطلان ، رسالة من باريس سنة ١٩٠٩ ص ٢١٤ وما بعدها وانظر مراجع اخرى فى مقالتنا السابقة ، هامش ١٠ ص ٣٤٠ .

واتجاه الفقه الى تصوير محل الالتزام تصويرا موضوعيا أو ماديا ، وتحديده بانه العمل أو الامتناع الذى يجب على المدين ، اتجاه صحيح لا اعتراض عليه ، ولكن تحديد محل العقد أو محل التصرف القانونى بهذه الطريقة تحديد غير مقبول ، فنحن اذ نسلم باعتبار العمل أو الامتناع محلا للالتزام ، انما نعنى بذلك أن العمل أو الامتناع هو موضوع هذا الالتزام بعد أن ينشأ وفقا للقانون ، ولا نقصد من ذلك أنه ركن فيه أو شرط يلزم لقيامه صحيحا ، فالالتزام باعتباره أثرا أو نتيجة لا يمكن ان يوجد الا اذا توافرت له شروط هذا الوجود فى الواقعة التى يجعلها القانون مصدرا له ، ولا وجه للكلام عن أركان له أو شروط فيه بعد ذلك .

السبب :

تعريف السبب ، السائد فى الفقه ، هو أنه الغاية المباشرة التى يقصد اليها الملتزم من التزامه الارادى ، وسواء أكان الفقه يعتبر السبب ركنا فى العقد أم فى الالتزام (١) .

وهذا التعريف نفسه يعنى أن السبب عنصر فى الارادة ، فهو الغاية التى تهدف اليها هذه الارادة ، ولذلك لا يتصور أن يثور أى شك فى طبيعته الذاتية أو النفسية الخالصة اذ لا يمكن أن تكون « الغاية » أمرا غير نفسى . الا أن الفقه التقليدى الفرنسى جرى على تحديد معنى السبب بطريقة لا تقبل الا مع افتراض انفصال « السبب » عن ارادة الملتزم ، وخصوصا فى عقود المعاوضة ، فهذا الفقه يمهد لتحديد السبب فى العقود المختلفة ، بالتفرقة بين السبب والباعث ، مبينا أن

---

(١) ويفرق الفقه بين المحل والسبب ، بالقول بان المحل هو موضوع الاجابة عن السؤال بم التزم المدين . اما السبب فموضوع الجواب عن السؤال : لم التزم .

وانظر فى تاريخ نظرية السبب ، وفى انقسام الفقه حول ضرورتها الى مؤيدين ومعارضين ، الوسيط للسنهورى ، جـ ١ فقرة ٢٤٧ وما بعدها .

السبب هو الغاية المباشرة للملتزم ، أما الباعث فهو غاية بعيدة غير مباشرة لا تعتبر ، لذلك ، ركنا للالتزام العقدى ، كما يعتبر السبب ركنا له ، ولكن هذا الفقه اذ يحدد هذه الغاية المباشرة فى العقود المختلفة ، لا يبنى ذلك على تحرى قصد المتعاقد أو الملتزم ، فى كل حال خاصة . بل ينحو فى هذا التحديد منحى ماديا أو موضوعيا ، فهو يجعل هذا الغرض المباشر ، فى كل نوع من أنواع العقود ، أمرا ثابتا لا يختلف من عقد الى آخر ، فيقول أنه فى عقود المعاوضة الملزمة للجانبين يعتبر التزام كل طرف فى العقد سببا لا لتزام الطرف الآخر ، فسبب التزام البائع بنقل الملكية مثلا هو التزام المشترى بالثمن . وفى العقود الملزمة لجانب واحد ، يكون سبب الالتزام هو المقابل الذى سبق أن قدمه الطرف الآخر (الدائن) للملتزم ، فسبب الزام المودع لديه برد الوديعة ، هو سبق تسليم المودع هذه الوديعة الى المودع لديه ، أما فى عقود التبرع فالسبب هو نية التبرع .

وهكذا وضع الفقه التقليدى فكرة السبب فى حدود قانونية بالغة الضيق تفصل بين السبب والارادة وتجعله عنصرا مجردا لا يتصل بظروف المتعاقد ولا يتغير مع تغير قصد هذا المتعاقد من حال الى أخرى ، وذلك رغم أن هذا الفقه فى جملته لم ينكر صلة السبب بالارادة ، ولكن معنى هذه الصلة يصبح غير مفهوم اذا تحول السبب الى أمر محدد سلفا ، وثابت فى جميع العقود بصرف النظر عن المقاصد الحقيقية لاطرافها ، بحيث يمكن القول بأن السبب يفقد معناه كعنصر فى الارادة ، أى كعنصر ذاتى ، ليصبح شيئا موضوعيا أو ماديا .

ومن الواضح أن الطريقة التى اتبعها الفقه التقليدى فى تحديد السبب فى العقود المختلفة طريقة تتناقض مع البداية التى يبدأ منها هذا الفقه بتعريفه السبب بأنه « الغاية » من الالتزام ، لان هذا التعريف يجعله عنصرا للارادة ، وتحديد هذا الفقه لمعناه بعد ذلك

بالنسبة للعقود المختلفة يجعله شيئا خارجا عنها (ماديا أو موضوعيا)[1] •
وهذه الطريقة فى تحديد معنى السبب ، فوق أنها مخالفة لمنطق هذا الفقه نفسه ، تجعل فكرة السبب فكرة عقيما لا معنى لها لان السبب بهذا المعنى الثابت والمحدد فى كل نوع من العقود ، لن يكون ذا جدوى فى الرقابة على مطابقة التصرفات للقانون أو عدم مطابقاتها ، لانه سيكون فى جميع الاحوال ، وبالضرورة ، سببا مشروعا ، وانما يمكن أن تتحقق هذه الرقابة ، اذا قصد بالسبب الغاية الخاصة للشخص ، التى جعل ابرام التصرف القانونى وسيلة الى تحقيقها ، ففى هذه الغاية الخاصة ، التى تختلف من شخص الى آخر ومن حال الى أخرى ، يمكن أن تكتشف مشروعية الارادة أو عدم مشروعيتها • ولذا فان القضاء الفرنسى لم يقف عند الحدود التى وضعها الفقه التقليدى للسبب ، خصوصا فى الفصل بينه وبين الباعث ، ونظر الى السبب على أنه الغاية التى يرمى اليها الملتزم والتى تختلف من حال الى أخرى ، فأدمج القضاء ما يسميه الفقه « الباعث » وما يسميه « السبب » وجعل منهما شيئا واحدا هو السبب بمفهومه الحقيقى ، أى كل غاية أساسية تدفع الشخص الى ابرام تصرف قانونى ، وقد رأى كثير من الفقه الحديث أن من المنطقى ، ومن المصلحة ، أن يسير فى السبيل التى اختطها القضاء فى تحديد المقصود بالسبب وأنه الباعث الدافع ، لاتفاق مذهب القضاء مع تعريف السبب بأنه « الغاية » ، ولكفالة هذا المعنى للمصلحة المقصودة من جعل السبب عنصرا فى التصرف القانونى وهى الرقابة على مشروعية الغاية من التصرف ، ولذا أخذ هذا الفقه الحديث بأن السبب هو الباعث الدافع الى الالتزام (أو الدافع الى ابرام العقد) •

---

(١) ويلتمس بعض الكتاب العذر للفقه التقليدى ، فى هذا الانحراف ، ويرى ان مسئولية الشارع الفرنسى عنه اشد من مسئولية الفقه ، لأن نص المادة ١١٠٨ مدنى فرنسى يتكلم عن السبب كعنصر مستقل عن الارادة ، ولكن التماس العذر للفقه فى مسلكه لا يصحح هذا المسلك ، وانظر مقالتنا السابقة ص ٣٣٤ •

وقد كان اصرار الفقـــه التقليدى على التفرقة بين السبب ، أى الغرض المباشر المجرد ، وبين الباعث ، أى الغاية الذاتية الواقعية ، دن ابرام التصرف . هـــو الذى ألجأ القضاء الى البحـــث عن تحديد للسبب يختلف عن تحديده التقليدى ، ذلك أن قبول التحديد التقليدى للسبب ، لا يمنح القضاء ، كما أشرنا ، وسيلة لرقابة مشروعية الهدف من التصرف ، فالسبب بهذا المعنى المجرد لا يمكن الا أن يكون مشروعا ، لان « الالتزام المقابل » أو نية التبرع ، لا يمكن أن يكون أيهما ، فى ذاته ، أى فى معزل عن غاية الملتزم ، مشروعا أو غير مشروع • ولم يشأالقضاءالفرنسى أن يقف عاجـــزا عن محاربة عـــدم المشروعية فى التصرفات القانونية ، لمجرد احترام الصيغة التقليدية فى تحديد معنى السبب كهدف مجرد وثابت فى كل نوع من العقود ، ولذا لم يتردد فى الخروج عليها ، فحدد السبب بأنه الباعث الدافع للالتزام بالعقـــد ، ليتمكن من الحكم على مشروعية التصرف القانونى أو عدم مشروعيته فى ضوء هذا الباعث ، وأصبح معنى السبب كما صاغه القضاء هو الغاية الواقعيـــة but concret التى تمثل مصلحة عامة أو خاصة والتى يحاول منشئو التصرف القانونى بلوغها عن طريق هذا التصرف ، وهى غاية لا ترتبط ، بالضرورة ، بنوع التصرف ، أى لا تكون واحدة وثابتة فى التصرفات التى من نوع واحد ، بل على العكس ، هى قابلة للاختلاف من تصرف الى آخر ولو كانا من نفس النوع •

وقد مال كثير من الفقهاء فى مصر الى مذهب القضاء الفرنسى فى تحديد معنى السبب ، وقالوا انه الباعث الدافع الى التعاقد ، ومنهم من جعله بهذا التعريف عنصرا فى الارادة وان كان أغلبهم يعتبره عنصرا فى الالتزام أو العقد • وهناك طائفة من الفقهاء المصريين الذين يبقون

السبب بمعناه التقليدى ركنا للالتزام ، أما السبب بمعنى الباعث الدافع ، فيجعلونه ركنا للعقد (١) .

ويمكن القول بأن القضاء المصرى يتبع مسلك القضاء الفرنسى فى تحديد السبب بأنه الباعث الدافع الى التعاقد ، ويرتب فى أحكامه النتائج التى تترتب على أخذ السبب بهذا المعنى . وقد حرص الشارع المصرى ، فى الاعمال التحضيرية للقانون المدنى الحالى ، على الاشارة الى أخذه بالسبب على أنه الباعث الدافع ، ولكنه عندما حدد الاحكام القانونية للسبب ، لم يخالف كثيرا ما يترتب من هذه الاحكام على المعنى التقليدى للسبب ، كما نرى فيما يلى .

ومن العرض السابق للاتجاهات الفقهية والقضائية الحديثة ، نستطيع أن نلمس أن الطريقة التقليدية فى تحديد معنى السبب ، والتى تجعل له وجودا موضوعيا مستقلا عن وجود الارادة ، لم تعد مقبولة فى الفقه أو القضاء ، كما نستطيع أن نتبين أن النظر الى السبب باعتباره الباعث الدافع الى التعاقد ، أى النظر اليه كعنصر فى الارادة ، وهو التصوير الذى نأخذ به ، هو الرأى الذى أخذ يسود الوقت الحاضر .

٤٨ — اندماج المحل والسبب فى الغاية (السبب) :

اذا كان كل من المحل والسبب من عناصر الارادة ، أو بعبارة أخرى ، من عناصر التصرف القانونى (باعتباره الارادة التى تتجه الى احداث أثر قانونى) فمن الطبيعى ألا يقوم ، بعد ذلك ، أى مانع يحول دون تقريب أحدهما من الآخر ، بل ان النظر من قرب الى كل منهما ، بعد اعتبار كل منهما عنصرا فى الارادة ، يحمل على تصور الاختلاط

---

(١) عبد المنعم الصدة ، فقرة ٢٢٤ وعبد الحى حجازى ، فقرة ١٢٣ .
وهذا هو مسلك القانون اللبنانى فى المادة ١٩٤ . وقد انتقدت المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدنى المصرى ، التفرقة بين سبب الالتزام وسبب العقد ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ ٢ ص ٢٢٧ .

بينهما ، ذلك أنه ليس من الممكن أن يفصل فى الارادة الواحدة بين القصد الى تحقيق نتيجة معينة والغاية من تحقيق هذه النتيجة ، أى لا يتصور الفصل فى نفس الارادة ، بين القصد الى المحل والقصد الى السبب ، فالمحل بمعنى النتيجة المقصود تحقيقها بالتصرف ، لا يمكن تحديده الا مع اعتباره غاية الشخص من التصرف ، والغاية لا تتصور ، كعنصر للارادة ، الا مرتبطة بالنتيجة المقصودة من التصرف ، ولا يمكن الفصل بين الموضوع والغاية الا بالالتجاء الى تجريد لا يطابق الحقائق الواقعة ، فالعمل الارادى كل لا يتجزأ بالنسبة لما ينصب عليه من موضوع وغاية(١) .

وقد أشرنا من قبل الى أن الفقه يذهب فى تحديد طبيعة المحل الى أنه عنصر مادى خارج عن الارادة ، فى حين أنه يميل فى تصوير السبب، الى جعله عنصرا نفسيا أو ذاتيا ، ومن الطبيعى لذلك ألا نجد فى الفقه اشارة الى اندماج المحل والسبب بالصورة التى نقول بها ما دام هذا الفقه يجعل كلا منهما مناقضا للآخر فى طبيعته ، وان كنا نجد مع ذلك فى عبارات بعض الكتاب ما يعكس الاحساس باندماجهما ، كالتعبير أحيانا عن المحل بأنه الغاية من التصرف أو العقد ، أو تحديد محل العقد بأنه العملية القانونية التى يهدف أطراف العقد الى تحقيقها(٢) .

ومع التصور الذاتى لطبيعة كل من المحل والسبب ، واندماجهما معا كمضمون العمل الارادى ، يمكن أن نعبر عن المحل والسبب معا بأنهما موضوع الارادة (موضوع التصرف القانونى) أو بأنهما غاية هذه الارادة (أو التصرف) ، وان كانت تسميتهما معا « غاية التصرف » أقرب الى ابراز طبيعتهما الذاتية كعنصر للارادة ، ولذا فاننا نفضل هذه

---

(١) انظر الاشارة الى الخلط بين المحل والسبب لدى الفقه التقليدى ، ولكن على اساس آخر ، فى مقالتنا السابقة ، ص ٣٤٢ وهامش ٣ فقرة ١١ .

(٢) انظر الاشارة الى هذه الاقوال فى مقالتنا السابقة ، هامش ٤ فقرة ١١ .

التسمية الاخيرة ، ونستعمل بدلا منها تسمية « السبب » باعتبارها تسمية فقهية وتشريعية مستقرة وباعتبارها اصطلاحا على غاية الارادة (أو التصرف) (١) •

وعلى ذلك نستطيع أن نقول أن مضمون الارادة هو السبب وحده دون المحل ، وأن هذا السبب هو ركن التصرف القانونى ، وهو يغنى عن المحل لانه يتضمنه • أما محل الالتزام ، أى العمل أو الامتناع الذى ينصب عليه الالتزام ، فلا يمكن أن يعتبر ركنا له أو شرطا فيه ، يؤثر وجوده أو تخلفه على صحة الالتزام ، كما سبقت الاشارة ، وانما هو موضوع له يتوافر بالضرورة لكل التزام قائم ، بعد أن نشأ من مصدر من مصادر الالتزام ، وفقا للقانون •

٤٩ — ثانيا : شروط المحل والسبب كعنصرين فى الارادة :

تحديد موضع كل من المحل والسبب ، وهل هما عنصران أو ركنان للعقد أو الالتزام أو الارادة ، وكذا تحديد طبيعتهما المترتبة على تحديد مكانهما ، أمران لهما أهمية واضحة فى تحديد الشروط التى تلزم فيهما ، فالقول بأن المحل والسبب من عناصر الارادة وأنهما يكونان معا مضمونها الذى لا يمكن الفصل فيه بين ما يسمى محلا وما يسمى سببا للارادة ، وتسمية هذا المضمون بالغاية أو بالسبب ، اتباعا لتعبير الفقه ، كل هذا يؤدى الى اختلاف ما نحدده من شروط لهذا « السبب » ، عما يجعله الفقه ونصوص التشريع من شروط لكل من المحل والسبب ، عادة •

وسنستعرض فيما يلى شروط المحل والسبب كما يعرضها الفقه ، وكما ينص عليها التشريع لنرى تعذر اعتبار أغلبها شروطا لمضمون الارادة ، فى ضوء اعتبارنا المحل والسبب عنصرى هذا المضمون

(٢) قرب ابو عافية ، رسالته عن التصرف القانونى المجرد ، ص ٢٠١ .

وتصورنا لطبيعته ، ولننتهى الى تحـديد الشروط التى تلزم له كركن للارادة أو التصرف القانونى ، ولذا فاننا نعرض فيما يلى موقفنا من شروط المحل والسبب كما يحددها الفقه ، وهى :

١ — وجود المحل والسبب •

٢ — صحـة السبب •

٣ — تعيين المحـل •

٤ — مشروعية المحل والسبب •

١ — وجود المحل والسبب ، ليس شرطا قانونيا فى الارادة :

يتكلم أغلب الفقه ، فى الوقت الحاضر ، كما سبقت الاشارة ، عن محل وسبب الالتزام ، ويعتبر وجود كل منهما شرطا فيه ، حتى يقوم الالتزام ، ولذا يرتب أغلب الفقهاء على تخلف المحل أو السبب بطلان العقد ، أو بطلان الالتزام ، كما يقول بعضهم • ويضرب الفقه من أمثلة تخلف المحل ، أن يرد الالتزام على مال هلك محله قبل الاتفاق على نقل ملكيته ، فالشىء الذى هلك هو المحل فى نظر هذا الفقه ، وهلاكه يعنى أنه غير موجود عند الاتفاق على نقل ملكيته ، ولذا يكون هذا الاتفاق باطلا ، ومن أمثلة تخلف المحل أيضا أن يبرم تأمين ضـد خطر سبق تحققه قبل ابرام التأمين ، كالتأمين على منزل ضـد الحريق بعـد أن احترق • وحوالة حق سبق انقضاؤه • كما يضرب الفقه أمثلة لتخلف السبب ، أن يكون البيع بثمن تافه ، فالسبب فى نظر الفقه التقليدى هو المقابل ، والثمن التافه ليس مقابلا للمبيع ، فيكون التزام البائع بغير مقابل أى بغير سبب ، ومن أمثلته أيضا اصدار سند مجاملة ، أى تعهد بدين غير موجود حقيقة على عاتق المتعهد[1] •

---

(١) ويجعل البعض تعهد المكره بدين لا يقوم على عاتقه ، تعهـدا بلا سبب ، اى باطلا لانعدام السبب ، لا لمجرد الاكراه — انظر الصدة ، فقرة ٢٠٢ وبيدان جـ ٨ فقرة ٢٠٨ •

ولكن بعض الفقهاء يلاحظ ، مع ذلك ، أن فرض انعدام السبب فرض غير منطقى ؛ مادام من المسلم أن السبب يعنى غاية الملتزم من التزامه ، لانه لا يتصور أن يتجه شخص الى الالتزام دون أن تكون له غاية ، الا اذا كان مجنونا أو فاقد الوعى ، أى لا يتصور أن يوجد التزام بلا سبب(١) • وبرغم أننا لا تصادف فى الفقه استبعاد فرض تخلف المحل بهذه الصورة الواضحة ؛ فاننا نجــد لدى بعض الكتاب ما يؤخذ منه تشككهم ، لنفس الاسباب ؛ فى امكان انعدام المحل(٢) •

ومن ناحية أخرى فاننا نجد أن كثيرا من الكتاب يخلطون بين شرط وجود المحل والسبب ، وشروط صحة الرضاء ، فيقولون أن تخلف المحل أو السبب لا يعدو أن يكون صورة من صور عيب الرضاء(٣) ، مما يكشف عن الاحساس بالصلة الوثيقة بين المحل والسبب من جهة وبين الارادة من جهة أخرى • والحق أن استلزام وجود كل من المحل والسبب ، كشرط فيهما ، لا يمكن أن يفهم فيما نرى ، الا مع تصور الفقه لهما كعنصرين أو ركنين للعقد أو الالتزام ، مستقلين فى وجودهما عن وجــود الارادة ، حتى يمكن تصور تخلف أى منهمــا دون أن يعنى ذلك بالضرورة انعــدام الارادة ذاتها ، أو كونها معيبة بأحد عيوب الرضاء ؛ ولذا فان الاخذ بأن المحل والسبب عنصران فى الارادة ، لهما طبيعة نفسية خالصة ، يقتضى استبعاد « وجود » المحل والسبب كشرط قانونى مستقل عن مجرد وجود الارادة ، ذلك أن وجود كل منهما يتحقق بالضرورة من وجود الارادة • فاذا سلمنا بوجــود ارادة تتجه الى احــداث آثار

---

(١) وان كانت هذه الملاحظة لم تثن بعض من ابدوها عن تصور فروض لانعدام السبب ، مقالتنا السابقة ، ص ٣٤٨ .

(٢) انظر مثلا الصــدة ، فقرة ٦٢ ص ٧٨ .

(٣) مثلا ديموج الالتزامات جـ ٢ فقرة ٧٤٧ والمراجع المشار اليها فى مقالتنا السابقة ، فقرة ١٤ وهامش ٩ ، ويلاحظ ان بعض احكام القضــاء الفرنسى خلط بين فرض تخلف الســبب وفرض عيب الرضــاء ، مقالتنا السابقة ، نفس الموضع .

قانونية ، فمن الضرورى أن تكون هذه الارادة منطوية على مضمون معين هو هدفها أو غايتها ، التى تضم ما يمكن ان يسمى محلا او سببا للتصرف القانونى ، اذ ليس من المتصور أن تكون هناك ارادة خاوية من المضمون ، ولا يمكن نفى مضمون الارادة دون نفى وجودها ذاتها ، فارادة الأثر القانونى تقتضى بالضرورة انصبابها على موضوع معين وقصدها الى هدف محدد ، واذن لا يتصور أن يستلزم القانون وجود محل أو غاية لها ، كشىء مستقل عن استلزام وجود هذه الارادة • صحيح أن الارادة قد تتعلق بموضوع أو تهدف الى غاية مدفوعة بوهم يقوم فى ذهن صاحبها (نتيجة للغلط) ، ولكن هذا لا ينفى وجود الارادة وجودا فعليا ، منطوية على مضمون محدد قاصدة الى هدف معين ، فان تبين أن صدورها انبنى على جهل بالوقائع أو بأحكام القانون فان هذه الارادة تكون معيبة ، ويكون الخلل فى شروط الارادة نفسها ، لا فى شروط تتعلق بمضمونها دون أن تتصل بهذه الارادة •

وعلى ذلك فانعدام المحل أو السبب لا يتصور الا مع القول بانعدام الارادة نفسها(١) ، وهو ما يعنى عندئذ انعدام التصرف القانونى انعداما ماديا أو منطقيا ، يغنى عن البحث فى توافر أو تخلف أية شروط قانونية فى هذا التصرف القانونى • أما الامثلة التى يضربها الفقه لتخلف المحل أو السبب والتى أشرنا اليها من قبل ، فان تصورها فى العمل يبين أنها مجرد حالات لعيب الارادة بالغلط أو الاكراه ، لانه يصعب ، كما يقول البعض ، أن نتصور أن شخصا يلتزم بارادته لغير سبب الا اذا كان مجبرا على ذلك أو واهما(٢) • كما لا يمكن أن نتصور ، من باب أولى ، أن يصدر شخص ارادة ليس لها موضوع

---

(١) والارادة تكون منعدمة ولو ظهر تعبير عنها اذا كانت غير جدية ، اى غير منطوية على قصد الى الالتزام ، كالتعبير الصورى ، واذا كانت ارادة غير باتة ، كالارادة المقترنة بشرط المشيئة . وبطبيعة الحال يكون انعدامها امرا لا يحتاج الى بيان ان لم يعبر عنها على آية صورة .

(٢) السنهورى ، العقد ، فقرة ٥٢٨ .

أو محل ولو كان يتوهم امكانه على خلاف الواقع ، فارادته فى هذه الحال لها « موضوع » بلا شك ، ولكن صدورها بنى على وهم دفع صاحبها الى التعبير عنها (غلط جوهرى) •

وقد أشرنا من قبل الى ميل الفقه الى تحديد أثر تخلف المحل أو السبب كما لو كان ذلك من حالات عيب الرضاء ، والى عدم عناية القضاء بالتمييز بين الصور الواقعية لحالات عيب الرضاء وأحوال تخلف المحل أو السبب ، مما يعكس الاحساس بتعذر اعتبار تخلف المحل أو السبب عيبا خاصا بهما ، لا صلة له بالارادة •

ولكن يلاحظ أن نصوص القانون المدنى المصرى فى المادة ١٣١ والمادة ١٣٦ تجعل « وجود » المحل أو السبب من شروطهما ، وهو اتباع كامل لرأى الفقه التقليدى • وقد انتقده الاستاذ السنهورى بالنسبة للسبب(١) ولا نراه مسلكا صحيحا بالنسبة للمحل أيضا ، فضلا عن عدم فائدة اشتراط وجودهما مادام تطبيق قواعد « وجود الارادة وصحتها » يغنى عنه •

الامكان والاستحالة :

فى الالتزام باعطاء ، أى الالتزام بنقل حق على شىء ، يخلط الفقه بين العمل (نقل الملكية مثلا) والشىء الذى يتصل به هذا العمل (المنزل مثلا) ليقول أن الشىء نفسه هو محل الالتزام ، ولذا يشترط فى المحل عندئذ أن يكون « موجودا » كما رأينا • أما ان كان الالتزام بعمل ليس نقل الملكية (أى ليس ما يسميه الفقه اعطاء) ، فان الفقه يجعل الشرط المماثل لشرط وجود الشىء ، هو شرط الامكان ، فيقول ان « العمل » محل الالتزام يجب أن يكون ممكنا ، أى يجب ألا يكون مستحيلا ، فان كان محل الالتزام مستحيلا ، كان العقد باطلا •

---

(١) الوسيط ، فقرة ٢٩٤ ، على أساس أنه يعتبر الباعث هو السبب .

والاستحالة التى تؤدى الى هذه النتيجة كما يذهب الفقه ، هى الاستحالة المطلقة ، أى تلك التى تتحقق بالنسبة لأى شخص ، لا تلك التى تتحقق بالنسبة للملتزم وقد يكون العمل ممكنا بالنسبة لغيره ، فهذه الاستحالة النسبية لا تعيب « المحل » ولا تجعل العقد باطــلا ، فاذا تعهد محام برفع استئناف عن حكم لا يقبل الطعن فيه بالاستئناف بحكم القانون ، فهو تعهد بمستحيل استحالة مطلقة ، يعنى أن المحل غير ممكن ويكون التعهد باطلا .

أما أن تعهد غير فنان برسم لوحة ، أو غير مهندس بتنفيذ مشروع هندسى ، فهو يتعهد بما هو مستحيل بالنسبة له ممكن بالنسبة لغيره ، ولذا يرى الفقه أن مثل هذا التعهــد ليس باطــلا ، بل هو صحيح ، وعندما يتبين عجز الملتزم عن تنفيذه ، يستطيع المتعامل معه أن يفسخ اتفاقه معه ، وأن يطالبه بالتعويض .

ويجب ، حتى تكون الاستحالة المطلقة سببا للبطلان ، أن تكون استحالة سابقة أو مقارنة لنشوء الالتزام ، فاذا كان العمل المتعهد بــه ممكنا وقت نشوء الالتزام ثم صار مستحيلا بعد ذلك لا ينتفى شرط الامكان ، ويكون التعهد به صحيحا . وان كانت استحالة العمل المتعهد به ، بعد نشوء الالتزام ، تعرض الاتفاق للفسخ ، وقد يلزم المتعهــد بالتعويض[1] . فلو تم الاتفاق مع محــام على استئناف حكم وقت سريان أجل الاستئناف ، ثم تأخر المحامى فى رفعه حتى انقضى هــذا الاجل وأصبح الاستئناف مستحيلا ، لا يكون الاتفاق باطلا ولكنــه يفسخ وتجوز مطالبة المحامى بالتعويض .

---

(١) فقد تكون الاستحالة التالية لنشوء الالتزام ، راجعة الى قــوة قاهرة ولا يمكن ان ينسب اى تقصير الى المتعهد ، فينقضى التزامه ، دون ان يلزم باى تعويض .

ولا يفرق الفقه فى الاستحالة المطلقة ، بين الاستحالة القانونية والاستحالة الطبيعية ، فيرى أن كلا منهما يعيب « المحل » ويبطل العقد ، ومن صور الاستحالة القانونية مثل الاستئناف غير المقبول الذى ضربناه من قبل ، وكذا أى عمل لا يسمح به القانون . أما الاستحالة الطبيعية فمن الامثلة التى يضربها لهـا الفقـه ، أن يتعهد شخص بالامتناع عن عمل وقع فعلا قبل التعهد(١) . وقد كان الفقه التقليدى يضرب لهـا مثل « الصعود الى القمر » باعتباره عملا مستحيلا ، وقبل ذلك مثل « الطـيران » ، ويلاحظ بعض الفقـه أن أمثلة الاستحالة الطبيعية المطلقة نادرة ، وانها مدرسية بحت(٢) .

وقد قنن الشارع المصرى ، هذه الاحكام ، فى المـادة ١٣٢ من القانون المدنى التى تنص على أنه اذا كان الالتزام مستحيلا فى ذاته ، كان العقد باطلا .

ونحن نعتقد أن الاستحالة لا يمكن أن تكون سببا لعدم امكان قيام الالتزام بسبب بطلان التصرف القانونى ، الا اذا كانت استحالة قانونية ، ذلك أنها تعنى عندئذ أن القانون يمنع أو يحرم الموضـوع الذى يهدف التصرف الى تحقيقه ، فيكون التصرف نفسه غير جائز لان موضوعه غير مشروع ، فارادة الافراد لا يحق لهـا أن تجاوز حدود ما يسمح به القانون ، وعلى ذلك فالامكان القانونى شرط للمحـل ، ولو قلنا أنه عنصر للارادة ، ولا وجه للاعتراض على هذا الحكم .

أما ان كانت الاستحالة طبيعية ، أى قائمة على أن النتيجة التى يهدف اليها التصرف القانونى ، يتعذر تحقيقها بسبب العقبات الطبيعية التى تحول دون ذلك وفقا للمعروف من قدرة الانسان (أو عجزه)

---

(١) السنهورى ، الوسيط ، فقرة ٢١٩ .
(٢) اسماعيل غانم ، فقرة ١٢٠ .

أمام هذه العقبات ، فاننا لا نعتقد أنها تكون عيبا للارادة وبالتالى سببا لبطلان التصرف .

وقبل أن نشرح رأينا فى هذه المسألة . نحاول أن نحدد الفرض العملى الذى يلزم فيه تقدير أثر الاستحالة الطبيعية لمحل التصرف ، على صحته . ذلك أنه فى بعض الفروض لا تقوم الحاجة الى هـذا التقدير بسبب امكان هدم التصرف القانونى بوسائل أخرى غير مجرد التمسك باستحالة المحل طبيعيا . فقد يكون المتعهد بالمحل المستحيل جاهلا باستحالته ، ولم يندفع الى التصرف الا نتيجة لهذا الجهـل ، وعندئذ يكون حقه فى التخلص من تعهده عن طريق التمسك بما وقع فيه من غلط ، أى التمسك بعيب ارادته . دون حاجة الى اثارة الاستحالة فى ذاتها . وقد يكون هذا المتعهد عالمـا بالاستحالة مقدرا لكل صفاتها، وهو عندئذ اما أن يكون هازلا لا ينوى أن يلتزم حقيقة بما يعرف أنه أمر مستحيل ، وهنا لا ينشأ أى تصرف قانونى ، وهو أمر يكفى لتبينه مجرد تفسير ارادة المتعهد لتبين انعدام وجود الارادة ماديا . واما أن يكون هذا المتعهد جادا قاصدا الى الالتزام بتحقيق النتيجة التى يعرف لدى الناس أنها مستحيلة طبيعيا . وهذا الفرض الاخير هو الذى تبدو الحاجة فيه الى بيان أثر الاستحالة الطبيعية على التصرف الذى يهدف الى تحقيق النتيجة التى تعد فى نظر الناس مستحيلة .

ولمعرفة أثر الاستحالة الطبيعيـــة على الارادة ، نلاحظ أولا أن توافر هذه الاستحالة لا يعنى أن النتيجة المقصودة بالتصرف يستحيل تحقيقها لاعتراض القانون عليها(١) ، وانما هى نتيجة يذيع بين الناس أنها مستحيلة « واقعيـــا » لا قانونيا ، ومن ناحيـــة أخرى نلاحظ أن الاستحالة الطبيعية لا يمكن أن تكون مطلقة ، بل هى استحالة نسبية دائما ، ونطاقها يضيق مع التقـــدم العلمى وكشف أسرار الطبيعـــة ،

---

(١) فان أمكن تحقيق النتيجة التى توصف بأنها مستحيلة طبيعيا فلا وجه لأى اعتراض على التعهد بها .

فالصعود الى القمر الذى كان أوضح صورة الاستحالة الطبيعيــة ، أصبح فى الوقت الحاضر حقيقة واقعة .

والقانون اذ يحدد الممكن وغير الممكن من أعمال الاشخاص ، انما يحدد ما يسمح به وما يمنعه ، اجتماعيا ، ولا يتصور أن يكون من وظيفة القانون أن يحدد نطاق القدرة الطبيعية للانسان ، أو أن يتدخل للرقابة عليها بأية صورة[1] والا أدى هذا انى أن يصبح القانون عقبة فى سبيل الاختراع والتقدم[2] .

ومن المسلم أنه لا يمكن أن يوضع حد فاصل ونهائى بين الممكن والمستحيل طبيعيا ، بسبب تطور قدرة الانسان حيال الطبيعة ، مــع الزمن ، ولذلك لا يتصور أن يصوغ القانون هذا الحد الفاصل أو حتى أن يسلم بوجوده .

---

(١) ولا يجوز أن يجعل القانون لاية هيئة او شخص فرض رايــه العلمى على اى شخص آخر ، مهما كان الفارق فى الثقافة او الاختصاص ، فيما يتعلق بالقدرات الطبيعية للانسان فاذا قيل بأن هذا ممكن او غــير ممكن من وجهة نظر طبيعية ، يكون من حق كل شخص ان يؤمن بذلك أو الا يؤمن به ؛ وأن يرتب معاملاته القانونية على اساس اعتقاده الخاص ، ما دام يجد من يوافقه عليها ، وبشرط الا يخالف اوامر القانون أو نواهيه ، ولذلك يجب القول بأن الاستحالة الطبيعية نسبية دائما يختلف تقديرها من شخص الى شخص .

(٢) واذا تصورنا مثلا ان مخترع ضغط الهواء أو اسالته ، باع من الهواء السائل (قبل انتاجه وقبل ان يسلم الناس بامكان ذلك) الى من رغب فى الشراء منه عالمــا بكل ما هو متداول عن استحالة هذا العمل ، وكان البائع لم يصل بعد الى تحديد الطريقة العملية لتنفيذ فكرته ولكنه شرع فى ذلك ، واشترط اجلا مناسبا للتسليم مع تعجيل الثمن ليستعين به فى اكمال اختراعه ، لو قلنا ، وفقا للمعروف عنــد الاتفاق بين المختــرع والمشترى ، ان المحل مستحيل ، وابطلنا التصرف ولم ننتظر حتى موعد التسليم لتبين الاستحالة او الامكان ، لكان ذلك عقبة امام ظهور الاختراع .

وعلى هذا فاننا نعتقد أن الاستحالة الطبيعية هى استحالة نسبية فى جميع الاحـوال ، فليس هناك ما يمكن أن يعتبر استحالة مطلقة الا الاستحالة القانونية . والاستحالة النسبية ، بتسليم الفقه ، لا تعيب المحل ولا تجعل التصرف باطلا ، وعلى ذلك اذا أقدم شخص على التعهد بتحقيق نتيجة تبدو فى التقـدير العام مستحيلة التحقيق استحالة طبيعية ، وكان هذا الشخص ، ومن تعامل معه ، عالمين بنوع وطبيعة العقبات التى يواجهها المتعهد ، فان التعهد يكون صحيحا ، وينشأ على عاتق المتعهد التزام بما تعهد به ، فان عجز عن تنفيـذه طبقت عليه الجزاءات التى تكفل تنفيذ الالتزامات (الفسخ والتعويض) (١) .

والخلاصة أن الاستحالة الطبيعية ليست عيبا لمحل التصرف (أو غايته) ، فلا يستلزم فى هذه الغاية سوى الامكان القانونى ، الذى يعنى مشروعية الارادة وهو شرط لا شك فيه ، كما سنرى ، فان تخلف الامكان قانونا أو شرعا ، أى اذا كانت هناك استحالة قانونية تحـول دون ترتب الاثر المقصود بالتصرف ، كان التصرف باطلا .

٢ — صحة السبب ليست شرطا خاصا فيه :

يجعل أغلب الفقه من الشروط اللازمة فى السبب (سبب الالتزام) أن يكون هذا السبب صحيحا ، أى ألا يكون سببا وهميا ، نتيجة غلط الشخص فى تصور وجوده على خلاف الواقع ، وألا يكون سببا صوريا ، أى ألا يكون سببا مصرحا به دون أن يكون حقيقيا ، فاذا تعهد شخص بالتزام وفاء لدين عليه ثم تبين أنه لم يكن مدينا ، فان تعهـده يكون باطلا لانه تم بنـاء على سبب وهمى (مغلوط فيه) ، أمـا السبب الصورى فهو السبب غير الحقيقى الذى يعلم الملتزم بعدم صحته ، ويراد به ستر سبب حقيقى آخر ، فاذا كان هذا السبب المستور غير مشروع ، أو لم يكن هناك فى الحقيقة أى سبب ، فان الفقه يقول ان

---

(١) انظر مقالتنا السابقة ، فقرة ١٤ .

ذلك يؤدى الى البطلان ، فالفقه يجعل صحة السبب شرطا فيه ، حتى يكون العقد صحيحا(١) •

وواضح أن الفقه لا يجعل صورية السبب ، بذاتها ، سببا للبطلان، ذلك أن ما يكون سببا للبطلان فى حالة الصورية هو اما انعدام السبب ان كانت الصورية تخفى هذا الانعدام ، وأما عدم مشروعية السبب ان كان السبب الحقيقى غير مشروع ، وقد تعرضنا فيما سبق لفرض انعدام السبب وقلنا انه فرض غير متصور ، كما نتكلم فيما بعد عن مشروعية السبب وعدم مشروعيته ، ولذا فاننا نقصر كلامنا هنا فى « عدم صحة السبب » ، على فرض الغلط فى السبب •

والعيب الذى ينسبه الفقه للسبب فى هذا الفرض ، ينشأ عن وقوع الملتزم فى غلط ، أى من توهم سبب غير حقيقى ، فهو ينشأ بعيب فى الرضاء (أو الارادة) ، ولكن الفقه لا يقف عند القول بأنه عيب فى الارادة ، بل يقول أنه عيب فى السبب يعنى عدم صحته ، ويرتب جزاءه على اعتبار أنه عيب متعلق بالسبب لا بالارادة • وهذا المسلك من جانب الفقه يفسره تحديد معنى السبب على أنه عنصر مادى (أو موضوعى) للتصرف ، مستقل عن الارادة ، فمع هذا التصور لطبيعة السبب تكون « وهميته » (أو عدم صحته) ، مساوية لانعدامه ولذا مال الى اعتبار « الغلط فى السبب » من عيوب السبب نفسه لا من

---

(١) والقانون يفترض وجود السبب المشروع ولو لم يذكر « فى العقد » ، حتى يثبت عكس ذلك ، كما يفترض ان السبب المذكور فى « العقد » هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على ما يخالفه ، وبذلك تقضى المادة ١٣٧ مدنى التى تنص على ان « كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض ان له سببا مشروعا ، ما لم يقم الدليل على غير ذلك ، ويعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك ، واذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى ان للالتزام سببا آخر مشروعا ان يثبت ما يدعيه »

عيوب الارادة . ولكن النظر الى السبب على أنه عنصر فى الارادة ، كما يذهب الى ذلك الفقه الحديث ، وهو الرأى الذى نأخذ به ، يترتب عليه أن يعتبر الغلط فى السبب مجـرد عيب فى الارادة ، لان السبب نفسه يصبح عنصرا من عناصر الارادة ، ولان الغلط هو الوهم الدافع الذى ينصب على غاية صاحب الارادة كما تظهر من التعبير عن هـذه الارادة ، أى هو فى جميع الاحوال غلط فى الباعث الدافع الى التعاقد ، وهذا الباعث هو معنى السبب فى الفقه الحديث فعدم صحة السبب هو فى جميع الفروض غلط جوهرى وعيب فى الارادة ، وبذا لا يكون هناك محل لاستلزام صحة السبب ، بمعنى عدم الغلط فيه ، كشرط مستقل للسبب ما دامت شروط صحة الارادة (انتفاء الغلط) تغنى عن ذلك .

ونصوص القانون المدنى المصرى فى المـادة ١٣٦ ، مصوغة بحيث تستبعد « صحة السبب » كشرط له ، على اعتبار أن هذه الصحة تكفلها قواعد صحة الارادة ، أى قواعد عيوب الارادة ، وقد دافع الاسـتاذ السنهورى عن مسلك القانون المدنى واعتبره نتيجـة لاتساع معنى السبب حتى أصبح الباعث هو السبب[1] ، أى أنه يعتبر هذا المسلك نتيجة للاخذ بالتصـوير الشخصى لمعنى السبب . ونبـذ التصـوير الموضوعى (أو المـادى) لمعناه ، وقد سبق أن أيدنا هذا الاتجاه ، ولذا فاننا نعتقد أن حكم القانون المدنى ، فى عدم استلزام شرط « صحة السبب » كشرط مستقل عن شروط سلامة الارادة ، حكم صحيح ، يتفق مع المنطق (فالسبب هو الغاية أو الباعث الدافع ، أى هو عنصر فى الارادة) كما أنه لا ينتقص من حمـاية المصلحة العمليـة ، ذلك أن قواعد سلامة الارادة تتكفل بحمايتها حماية كاملة .

---

(١) الوسيط ، فقرة ٢٩٢ ويناقش بعض الفقهاء المصريين هذا المسلك وكذا رأى الاستاذ السنهورى ، انظر مثلا ، الصدة ٢٣٥ ، والمراجـع المشار اليها فى مقالتنا السابقة ، هامش ٤ فقرة ١٥ .

٣ — تعيين المحل ، شرط متضمن فى وجوده :

يجعل الفقه من شروط المحل أن يكون معينا ، ويربط بين تعيينه ووجوده فيقول ان المحل غير المعين هو فى الحقيقة محل غير موجود ، ومن هذا يظهر أن الفقه يعتبر تعيين المحل من شروطه الجوهرية ، ولذا يرتب على تخلفه بطلان « العقد » •

ويكتفى الفقه فى القول بتوافر شرط التعيين أن يكون المحل قابلا لذلك ، أى يكتفى بأن يكون هناك من العوامل ما يساعد على تعيين المحل ، فيجعل امكان التعيين كافيا لتوافر هذا الشرط • ويكون المحل معينا اذا حدد تحديدا كافيا لبيان عناصره ومضمونه • فاذا كان الالتزام بنقل حق على شىء معين كمنزل أو قطعة أثاث وجب تحديد الشىء بذاته ؛ فان كان هذا الشىء منزلا وجب تعيين موقعه (البلد والشارع والرقم) وأوصافه ، وان كان قطعة أثاث وجب بيان أوصافها التى تميزها عن أية قطعة أخرى • وان كان الشىء الذى ينصب عليه الالتزام غير معين بذاته ، ككمية من القمح أو الفحم أو غير ذلك ، وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره ، كمائة طن من الفحم أو عشرة أطنان من القمح مع بيان النوع (فحم حجرى — قمح هندى) ودرجة الجودة أو النقاء والمنشأ وغير ذلك •

وقد يكون تعيين المحل متضمنا ، فى ظروف المعاملة ، فالاتفاق على توريد الاغذية اللازمة لمدرسة أو مستشفى ، لا يحتاج تعيين « محله » الى تحديدكم المواد منذ البداية ، ما دام هذا الكم قابلا للتحديد وفقا للحاجة ، فى نطاق حد أقصى أو حد أدنى •

وليس من الضرورى بيان درجة الجودة ، فقد تحدد وفقا للمألوف والعرف المتبع فى المعاملات ، واذا لم يمكن تحديدها ، افترض أن المقصود أن يكون الشىء من صنف متوسط •

أما اذا كان محل « الالتزام » عملا يقوم به « الملتزم » ، ولا يتعلق بشيء من الاشياء فيجب أن يتم توضيح هذا العمل وبيان حدوده ومداه ، فاذا التزم مقاول باقامة بناء يجب أن تحدد مواصفات هذا البناء تحديدا كافيا ، وقد تعين ظروف التعامل على هذا التحديد ، فلو كان البناء مدرسة أو مستشفى فان الغرض الذى يخصص له المبنى يقتضى أن تكون له مواصفات معينة يلزم توافرها عادة فى أبنية المدارس أو المستشفيات .

وقد أخذ القانون المصرى بالاحكام السابقة فى المادة ١٣٣ من القانون المدنى التى تنص على أنه :

« ١ — اذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته ، وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره والا كان العقد باطلا .

٢ — ويكفى أن يكون المحل معينا بنوعه فقط اذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره ، واذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، التزم المدين أن يسلم شيئا من صنف متوسط »(١) .

وأقوال الفقه ، وكذا نص التشريع ، تتكلم عن المحل باعتباره « محل الالتزام » ثم هى تخلط بين محل الالتزام ، بمعنى العمل أو الامتناع وبين الشيء الذى يتصل به هذا العمل ، وتستلزم تعيين الشيء ، ثم تجعل هذا التعيين شرطا فى العقد ، يترتب على تخلفه بطلان العقد بطلانا مطلقا ، ولذلك نستطيع أن نقول أن اعتبار التعيين شرطا للمحل ليس الا نتيجة للخلط بين محل الالتزام ومحل التصرف القانونى

---

(١) والنص يعبر عن المحل بالشيء ، مع ان محل الالتزام دائما عمل ، وانظر بهجت بدوى ، فقرة ٩٥ حيث ينتقد نصوص القانون المدنى السابق ، فى اقتصارها على حكم محل الالتزام باعطاء ، الذى ينصب « عادة » على شيء .

كما أنه يرتبط بالنظر الى المحل كركن مستقل عن الارادة ، ذلك أن الفقه يرى أن المحل غير المعين محل غير موجود وقد رأينا من قبل أن اعتبار وجود المحل شرطا قائما بذاته ، لا يتصور الا أن كان هذا المحل شيئا خارجا عن الارادة •

وقد نفينا فيما سبق أن يكون وجود المحل شرطا قائما بذاته لاننا نأخذ بأن المحل داخل فى الارادة ، ووجوده متضمن ، بالضرورة ، فى وجودها ، وما دام الفقه يربط بين وجود المحل وتعيينه ، فاننا نرفض أيضا أن يكون تعيين المحل شرطا مستقلا له ، لان تعيين المحل ، باعتباره عنصرا فى الارادة يتحقق بالضرورة من مجرد التسليم بوجود الارادة•

ذلك أن الارادة لا يتصور وجودها وجودا ماديا (أو واقعيا) دون أن يكون لها مضمون معين ، أى دون أن يكون لها هدف هو نتيجة قانونية محددة ، وهذا يعنى أن تعيين الموضوع الذى تهدف الارادة الى تحقيقه أمر يلازم وجود الارادة نفسها ، ملازمة ضرورية ، فلا يتصور أن يكون محل الارادة غير معين الا اذا كانت الارادة نفسها منعدمة الوجود ماديا (أو فعليا) ، انعداما يكشف عنه مجرد تفسير التعبير عن هذه الارادة •

وعلى هذا فان كنا نقول بأن التعيين ليس شرطا للمحل ، فليس معنى هذا أننا نقول أن التصرف القانونى يكون صحيحا دون حاجة الى هذا التعيين ، وانما نقول أنه لا يتصور وجود تصرف قانونى (أى ارادة) ، وجودا واقعيا أو ماديا ، دون أن يكون مضمونه (موضوعه أو غايته) محددا ، والواقع أن ارادة الاثر القانونى ان لم تكن مبنية على تصور محدد لغايتها ، لا يمكن أن تكون ارادة باتة ، فهى لا تكون كذلك ، الا اذا استقرت على موضوعها بصورة محددة ، فمن يقول لآخر أبيعك منزلا دون أن يحدد هذا المنزل أو أن يبين أوصافه أو يحدد

الثمن ، لا يصدر تعبيرا نهائيا باتا يمكن القول بأنه تصرف قانونى[١] ، وانما يجب حتى يصدق وصف التصرف القانونى على الارادة المعبر عنها أن يتحدد مضمون الاثر المتعهد به ، فان كان التعبير خاصا ببيع منزل مثلا ، يلزم أن يعين هذا المنزل وأن يوصف وصفا كاملا ان لم يكن معروفا لمن يعرض عليه البيع ، وأن يبين الثمن المقدر له وسائر الشروط التى يعتبرها البائع جوهرية ، فاذا صدر التعبير عن الرغبة فى البيع ، مقترنا بهذا التحديد ، كان ارادة باتة ، تصلح تصرفا قانونيا ، وهو لم يعتبر ارادة باتة الا لانه يتضمن تعيينا لموضوع الارادة . على أنه ليس من اللازم أن يظهر تحديد موضوع الارادة فى التعبير الصريح عنها ، فمن الجائز أن يؤخذ هذا التحديد من التعبير الضمنى فى الظروف التى تحيط بانشاء التصرف أو فى المعاملات السابقة لصاحب الارادة ، وغير ذلك . كما لا يلزم لتوافر هذا التعيين ، أن يكون تحديد موضوع الارادة تحديدا تفصيليا كاملا ، وانما يكفى أن تحدد العناصر الاساسية لهذا الموضوع ، أو الاسس التى تصلح لتعيينه فيما بعد .

واذا كان تعيين موضوع التصرف (الارادة) أو غايته ، أمرا يتحقق بالضرورة من مجرد صدور ارادة تكتسب وصف التصرف القانونى ، فان هذا يغنى عن اشتراط التعيين ، كشرط للمحل ، مستقل عن شروط الارادة ، ولذلك نستطيع أن نقول أن حكم المادة ١٣٣ مدنى مصرى ، والنصوص المشابهة لها فى التشريعات الاخرى ، ليس الا تحصيل حاصل ، ولا يضيف جديدا فى استلزام تعيين المحل[٢] .

---

(١) ومثل هذا التعبير لا يكون الا دعوة الى التعاقد ، فاذا اهتم الطرف الآخر بها ، بدأت المفاوضات التى قد تنتهى بصدور تعبيرات بالبيع بعد تحديد المبيع والثمن وسائر الشروط .

(٢) ويلاحظ أن القانون يجعل للقاضى ، بحكم المادة ١٤٨ مدنى ، الا يقتصر فى الزام المتعاقد ، على ما ورد فى العقد ، بل يبيح له أن يضيف الى ما ورد فى العقد ، ما يعد من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام ، والقاضى بذلك يكمل تحديد المحل ان لم يقم بذلك اطراف العقد ، مما يجعل فرض عدم تحديد المحل مع عدم وجود وسيلة لتحديده ، فرضا نظريا محضا .

٤ — مشروعية « المحل والسبب » ، هى شرطهما الوحيد .

شرط مشروعية كل من المحل والسبب ، شرط يقول بضرورته كل الفقهاء ، كما تقضي بلزومه نصوص التشريع ، والفقه والقضاء والنصوص ترتب على عدم مشروعية المحل أو السبب بطلان العقد(١) . وعدم المشروعية يعنى مخالفة قاعدة آمرة من قواعد القانون ، وهى القواعد التى لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها ، والتى تفرض على الافراد فرضا لا مجال للتخلص منه ، لانها تهدف الى حماية النظام العام وحسن الآداب ، ولذا يعبر فى بعض الاحيان عن عدم المشروعية، بمخالفة النظام العام والآداب .

وهذا الشرط منصوص فى القانون المدنى المصرى ، بالنسبة للمحل، فى المادة ١٣٥ ، والتى تقضي بأنه « اذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا » . وبالنسبة للسبب فى المادة ١٣٦ التى تقضى بأنه اذا كان سبب الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلا . وكلا النصين كما هو ظاهر ، يجعل المحل والسبب من أركان الالتزام ويجعل أثر عدم مشروعيتها « بطلان العقد » .

وتحقق مشروعية المحل والسبب ، أى مشروعية مضمون الارادة ، شرط لازم لصحة التصرف القانونى ، حتى مع اعتبار المحل والسبب ركنين للارادة ، بل هو الشرط الوحيد الذى نستبقيه مما يجعله الفقه شروطا للمحل والسبب كما وضح فيما سبق ، فمضمون الارادة (أو غايتها) ، يجب أن يكون موافقا للقانون والا لم يسمح القانون أن يترتب عليها ما تقصد اليه من آثار ، فالتصرف القانونى لا يمكن أن يخرج ، فيما يلزم فيه من شروط أو فيما يهدف اليه من نتائج ، على

---

(١) وحتى مع اعتبار المحل والسبب من اركان الالتزام لا من اركان العقد .

القواعد القانونية الآمرة ، لان هذه القواعد تحد قدرة الارادة على ترتيب الآثار القانونية ، وتمنع ترتيب الآثار التى تهدف اليها الارادة ، ان كانت مخالفة لهذه القواعد الآمرة .

ومما سبق يبدو أننا لا نجعل من شروط لمضمون التصرف ، سوى شرط المشروعية ، وقد رأينا من قبل أن مضمون التصرف كما نحدده هو ما يسمى فى الفقه بمحله وسببه معا ، وأننا نسميه السبب . اتباعا للتعبير المأخوذ به فى الفقه ، وعلى هذا فالشرط الوحيد لمضمون التصرف ، فى رأينا ، هو مشروعيا السبب (بمعنى الغاية أو الباعث الدافع) .

وقد ذهب الاستاذ السنهورى الى الاقتصار على شرط المشروعية بالنسبة للسبب وفق تحديده له ، بأنه الباعث الدافع ، أو الغاية (ولكن السبب يقوم لديه بجانب المحل كعنصر للالتزام) ، فقال أنه لا يوجد فى القانون المدنى المصرى الحالى الا شرط واحد للسبب هو أن يكون مشروعا ، بعد أن قرر أن شرط وجود السبب وكذا شرط صحته ، شرطان غير مطلوبين طبقا لاحكام هذا القانون(١) ولكن الاستاذ السنهورى يستبقى شرط مشروعية المحل (مع شروطه الاخرى) مستقلا عن شرط مشروعية السبب .

ونحن نعتقد أن مشروعية أو عدم مشروعية التصرف القانونى ، لا يمكن أن تراقب الا من خلال غاية الارادة (أو سببها ، أى الباعث الدافع الى التصرف) ، فلا يمكن أن يوصف المحل ، أن تصورناه على طريقة الفقه ، منفصلا عن السبب أو الغاية ، بالمشروعية أو عدم المشروعية ، ذلك أن أى عمل أو سلوك لا يمكن أن يوصف ، فى ذاته ، بأنه مشروع أو غير مشروع فهو لا يكون كذلك الا فى ضوء الغاية

---

(١) الوسيط ، فقرة ٢٩٣ ، ويعارض رايه كثير من الفقهاء المصريين ، انظر الاشارة اليهم فى مقالتنا السابقة ، هامش ١٠ فقرة ١٧ .

منه ، فلو تصورنا أن اتفاقا تم بين شخصين على أن يقوم أحدهما بضرب أو قتل ، لا يقال فى هذه الحال أن عدم المشروعية ظاهر من ذات العمل الذى يتعهد به أحد الاشخاص ، دون حاجة الى تحرى غايته من هذا العمل ، أى لا يمكن أن يقال أن عدم المشروعية متصل بالمحل (فى مفهومه التقليدى) لا بالسبب ، ذلك أن ما يجعل عملا من الاعمال مخالفا للقانون ، ليس هو طبيعة هذا العمل فى ذاته ، بل القصد به الى مخالفة حكم آمر من أحكام القانون ، كما لو قصد به الاعتداء الذى يدرمه القانون ، فالضرب أو القتل قد يكون مشروعا اذا قصد به تنفيذ حكم القانون ، كما لو استخدم شخص « لقتل » المحكوم عليهم بعقوبة الاعدام ، أو « لضرب » من يحكم عليهم بعقوبة « الجلد » مثلا(١) •

وعلى ذلك فان الشرط القانونى الوحيد لمضمون الارادة كتصرف قانونى هو مشروعية هذا المضمون ، أى مشروعية السبب ، على اعتبار أننا نقصد بالسبب ، كل مضمون الارادة الذى يفرق الفقه فيه ، بلا مبرر ، بين المحل والسبب •

عدم المشروعية وحماية الاستقرار :

يلاحظ أن غاية الارادة (سبب التصرف أو الباعث الدافع اليه) ، التى يراقب القانون من خلالها مشروعية هذا التصرف أو عدم مشروعيته ، بحسب طبيعتها نفسها ، خاصة بكل متصرف ، أى فردية ، فاذا كان التصرف القانونى يدخل فى تكوين عقد من العقود ، هل يكفى أن يتحقق عدم المشروعية فى غاية أحد طرفى هذا العقد ، ليبطل تصرفه وينهدم العقد بسبب هذا البطلان ، ولو كان الطرف الآخر لا يعلم ، على أية صورة ، بالغاية غير المشروعة التى يستهدفها من يتعامل معه ؟

ذهب بعض الفقهاء الى أنه من اللازم أن يعلم طرفا العقد فى هذه الحال بعدم مشروعية غاية أحد الطرفين فيه ، حتى يكون التصرف باطلا

---

(١) او استخدام شخص للدفاع الشرعى عن آخر . انظر الاشارة الى آراء فقهية اخرى ، فى مؤلفنا عن البطلان ، ص ٣٠٢ .

لعدم المشروعية ، وذلك حتى لا يكون البطلان مفاجأة للطرف الآخر الذى لا يعلم بسببه والذى اعتمد بحسن نية على سلامة المعاملة ، وحتى يتحقق بذلك استقرار التعامل • ويكتفى البعض الآخر من الفقهاء بأن يكون الباعث غير المشروع ، الذى يعتبر سبب ارادة أحد الطرفين ، داخلا فى النطاق العقدى ، فلا يوجب هذا الرأى العلم حتما من الطرف الآخر بعدم مشروعية السبب ، وانما يجعل استطاعة العلم مساوية لهذا العلم ، فى تبرير البطلان دون أن تكون فيه أية مفاجأة أو أى تهديد لاستقرار التعامل • ولكن بعض الكتاب يرون أنه لا يلزم أن يكون الطرف الآخر فى المعاملة عالما ، أو أن يكون فى استطاعته أن يعلمبالباعث غير المشروع ، ويقولون بوقوع البطلان فى كل الاحوال على أساس ضرورة الحرص على محاربة عدم المشروعية فى كل صورها(١) •

ونحن نعتقد أن الاجابة على التساؤل عن كفاية عدم مشروعية الغاية لدى أحد الطرفين ، أو وجوب استلزام علم طرفى المعاملة بعدم المشروعية ، تقتضى أولا تحديد معنى الغاية الدافعة ، أى تحديد معنى سبب التصرف ، فاذا ما تم هذا التحديد يتبين لنا أنه لا حاجة الى اشتراط العلم أو امكان العلم بعدم المشروعية ، للقول ببطلان التصرف وانهدام العقد • والغاية التى تعتبر سببا للارادة أو للتصرف ، هى الغاية الدافعة اليه ، أى العامل الرئيسى فى توجيه الارادة الى الالتزام • وهذا العامل لا يمكن أن يؤخذ فى الاعتبار ، كما هو الشأن بالنسبة للارادة بأكملها ، الا اذا ظهر فى العالم الخارجى ، أى الا اذا ظهر فى مضمون التعبير عن الارادة على أية صورة من الصور ، وسواء أكان فى التعبير الصريح أم التعبير الضمنى الذى يستخلص من ظروف ابرام التصرف ، فالغاية لا يمكن أن تؤخذ فى الاعتبار اذا بقيت فى

---

(١) انظر الاشارة الى أصحاب الآراء المختلفة ، فى مقالتنا السابقة ، هامش ١٤ ، ١٥ ، ١٦ ، فقرة ١٧ .

النطاق النفسى (أو الباطنى) ، أى اذا بقيت مجرد باعث خفى الى التصرف ، لانها تكون عندئذ بعيدة عن النطاق الذى تعمل فيه أحكام القانون ، ولكنها تدخل فى نطاق القانون ، وتؤخذ فى الاعتبار لترتيب أحكامه ، اذا ظهرت فى التعبير عن الارادة ، وسواء أكان ذلك فى التعبير الصريح أو التعبير الضمنى الذى يؤخذ من ظروف التعامل (أى اذا ظهرت فى التعبير عن الارادة بالمعنى الواسع لهذا التعبير) ، واذا ما تضمن التعبير غاية صاحب الارادة ، أصبح من الممكن ، اذا كانت الارادة تشارك فى تكوين عقد من العقود ، أن يكون الطرف الآخر فى هذا العقد عالما بهذه الغاية أو باستطاعته أن يعلم بها ، لانها تصبح كما يقول الفقه (فى النطاق العقدى) .

فالسبب فى التصرف القانونى اذن ، هو الغاية الدافعة المعبر عنها ، وهذا هو التعريف الذى يجعله الفقه الحديث تعريفا للسبب[1]. واذا قلنا بأن عدم مشروعية السبب هو عدم مشروعية الغاية الدافعة المعبر عنها ، لا نكون بعد فى حاجة الى اشتراط علم الطرف الآخر فى المعاملة ، أو امكان علمه ، بعدم المشروعية ، للقول ببطلان التصرف المخالف للقانون ، لان ظهور هذه الغاية فى التعبير عن الارادة ضمانة كافية لتحقيق هدف الفقهاء القائلين بفرض هذه الشروط ، من تحقيق أمان المعاملات واستقرارها [2]و[3] .

---

(١) انظر رسالة Bois-Juzan ، عن السبب ، بوردو سنة ١٩٣٩ ص ٥٣٤ . وهذا التعريف ينسجم مع تعريفنا للغلط بأنه الوهم الواقع على غاية المتصرف كما عبر عنها ، ومع ملاحظة ان الغلط ، وفقا للنظرية الحديثة ، هو دائما غلط فى السبب .

(٢) قرب سالى : التعبير عن الارادة فى القانون الالمانى ، ص ٢٦٣

(٣) يلاحظ أن الفقه يرتب على فكرة السبب فى العقود ، بالمعنى التقليدى ، نتائج وأحكاما معينة ، فيقول ان فكرة السبب ، بمعنى المقابل ، هى اساس نظام الفسخ ، فسخ العقد الملزم لجانبين ، اذا تعذر تنفيذ احد المتعاقدين لالتزاماته ، على اساس ان هذه الالتزامات هى سبب التزامات المتعاقد الآخر ، كما يجعل الفقه نظرية السبب اساسا لنظام
=

. . . .

الدفع بعدم التنفيذ ، وهذه النتائج لا يتأثر تحققها بتحديد السبب بمعنى غاية المتصرف ، واعتباره عنصرا أو ركنا فى الارادة الواحدة لا فى العقد ، ذلك ان الارتباط الذى يقوم عليه العقد الملزم للجانبين ، بين الارادتين (أو الارادات) المكونتين له ، عند ابرامه ، والذى يقوم بين الآثار الناتجة عن كل منهما بعد نشوء العقد ، هو الاساس الذى يبنى عليه هدم العقد ان كانت احدى الارادتين التى ينعقد بهما باطلة ، أو فسخه اذا استحال تنفيذ التزامات احد العاقدين ، أو الدفع بعدم التنفيذ كوسيلة لاجبار احد الطرفين على الوفاء بالتزاماته ، وليست هناك حاجة الى ان تبنى هذه النتائج « الهدم — الفسخ — الدفع بعدم التنفيذ » على اعمال سبب العقد ، اى السبب كركن للعقد . ذلك ان الارتباط الذى يقوم بين التزامات الطرفين فى العقد الملزم للجانبين ليس هو السبب وانما الارتباط نتيجة تترتب على السبب ، بمعنى الغاية ، ولكن هذا الارتباط يقوم مستقلا عن السبب ، بمعنى انه ان اردنا ترتيب اية نتائج على الارتباط ، فان ذلك لا يقتضى بالضرورة تأسيس هذه النتائج على « السبب » نفسه كعنصر للتصرف القانونى ، بل يكفى تأسيسها على فكرة « الارتباط » التى تعتبر نتيجة لـــه .

ولذلك يمكن تفسير هدم العقد بسبب بطلان احد التصرفات المكونة له ، وتبرير فسخه لعدم التنفيذ بفكرة الارتباط بين الآثار الناتجة عن التصرفات المكونة له ، دون حاجة الى فكرة السبب ، فالفسخ كجزاء ، لا ينصب على التصرف القانونى ، بل ينصب على الرابطة بين التصرفات المنشئة للعقد ، ويعنى حلها (فالفسخ هو حل ارتباط العقد) ، وهو جزاء يهدف الى اعفاء أحد طرفى العقد الملزم لجانبين من التزامه به بعد أن يتبين تعذر حصوله على مقابل التزاماته (الذى يتمثل فى التزامات الآخر) ، لما بين التزامات الطرفين من ارتباط ، وهذا الارتباط لا يحتاج ، للقول بوجوده ، الى ابقاء الصلة بين الارادات التى تم العقد بها ، وبين الآثار التى هدف الى تحقيقها وتحققت فعلا ، فبمجرد تحقق هذه الآثار على الصورة التى ارادها اطراف العقد ، تقوم بذاتها استنادا لحكم القانون، وبينها الارتباط الذى تصوره واراده كل من العاقدين ، دون حاجة فى القول بقيام هذا الارتباط ، الى الاستناد الى التصرفات التى انشأتها ، ولذا لا محل لأن يستند القول بزوال الرابطة بين هذه الالتزامات الى تخلف شرط (او اكثر) من شروط الارادات التى تنشأ بها هذه الآثار ، فالبحث عن اثر

هذه هي الشروط التى تلزم فى الارادة التى تتجه الى احداث الاثر القانونى (أى شروط التصرف القانونى) ، وهى كما سبق أن ذكرنا : التعبير عن الارادة وسلامتها من العيوب ومشروعية غايتها ، اذا تخلف أى شرط منها ، لم تكن هذه الارادة صالحة لانتاج الآثار المقصودة بها ، ويكون ذلك اما نعدم قيامها كارادة أى لانعدامها ماديا ، اذا لم يتم التعبير عنها ، أو لبطلانها اذا تخلف منها شرط من الشروط التى يستلزمها القانون فيها ، والبطلان هو النظام الرئيسى لجزاء تخلف شروط الارادة ، كما نرى فى الكلام عن جزاء تخلف هذه الشروط ، فى الفرع الثانى من هذا الفصل .

الفرع الثانى

جزاء تخلف شروط الارادة (شروط التصرف القانونى)

٥٠ — تمهيد :

الشروط التى عرضناها فيما سبق . هى الشروط التى يلزم توافرها فى الارادة التى تهدف الى ايجاد آثار قانونية . أى فى التصرف القانونى . فاذا تخلف أو اختل شرط منها . فان مثل هذه الارادة

عدم تنفيذ الالتزامات المتقابلة التى نشأت بين المتعاقدين ، لا يمكن ان يمتد الى التصرفات القانونية التى انتجتها ، بل يجب ان يبقى فى اطار الارتباط القائم بينها ، بحكم القانون (ولو ان القانون يقرره استنادا الى ارادات الأطراف) ، فلا يجوز ، لذلك ، القول بأن اساس الفسخ هو تخلف السبب ، لأن السبب عنصر فى الارادة « أو التصرف القانونى » ، وانما يمكن ان يقال بأن ارتباط الآثار الناشئة عن العقد الملزم لجانبين ، ينهار بسبب عدم الوفاء من أحد الجانبين ، فيؤدى ذلك الى اعفاء الطرف الآخر من التزاماته ، فأساس الفسخ هو الارتباط بين التزامات الطرفين وليس « السبب » ولو أن الارتباط نتيجة تترتب على هذا السبب ، وسنعرف احكام الفسخ فى كلامنا عن آثار العقد وتنفيذه .

لا تنتج الآثار التى تقصد اليها • لان القانون لا يسمح بذلك الا اذا توافرت لهـــا سائر الشروط التى يستلزمها فيها •

وعدم ترتب الآثار القانونية التى يقصـــد اليها أو يرغب فيهـــا شخص من الاشخاص • اما أن يكون نتيجة لعدم وجود تصرف قانونى وجودا ماديا • بأن يبقى الشخص رغبته حبيسة نفسه ، لا يعبر عنها على أية صورة ، أو يعبر عنها تعبيرا لا يحمـــل ارادة باتة وجادة فى القصد الى تحقيق الآثار القانونية • وفى هذه الحال يكشف مجرد فهم التعبير (أو تفسيره) عن تخلف هذه الارادة الجادة الباتة فلا يكون هناك مجال للكلام عن الآثار المقصودة بهذه الارادة • واما لانه ، رغم توافر التعبير الدال على هذه الارادة الجادة والباتة • وبالتالى رغم توافر الوجود الواقعى أو المـــادى للارادة ، فانها لا تعتبر قائمة فى نظر القـــانون ، كتصرف قانونى ، بسبب عـــدم توافر الشروط التى فرضها القانون ، لتكون تصرفا قانونيا صحيحا ، صالحا لترتيب ما تهدف اليه الارادة من الآثار • كان يتم التعبير عن الارادة فى غير الشـــكل الذى يوجبه القانون ، او أن تكون الارادة مشوبة بعيب يمس سلامتها ، كغلط أو اكراه ، أو أن تقترن بما يقتضى افتراض عيبها كالغبن ، أو اذا توافر سبب لفقدان أهلية مصدرها ، أو أن تكون الارادة ، بمـــا تهدف اليه من غاية ، ارادة غير مشروعـــة ، أى ذات سبب مخـــالف للقانون • وفى هذه الصور الاخيرة ، لا تترتب الآثار المقصودة بالارادة، لان القانون يصفها بالبطلان ويرتب على هذا الوصف أنها لا تنتـــج الآثار المقصودة بها • فالارادة التى لا تستكمل شروطها القانونية ، تكون تصرفا قانونيا باطلا ، لا ينتج بسبب هذا الوصف ، الآثـــار المقصود به (١) •

---

(١) ويلاحظ ان الفقه والنصوص تتكلم دائما عن بطلان العقد ، ولكننا نعتقد ان البطلان مقصور على الارادة ، اى على التصرف القانونى مفهوما على أنه تصرف منفرد دائما . اما العقد وهو ينشأ بارتباط تصرفين او اكثر فالشروط التى تلزم له هى التوافق والارتباط بين ارادات اطرافه، وتخلف احد
=

ومما سبق يتضح أن الشروط التى أشرنا اليها ، منها ما يـلزم لوجود الارادة (كتصرف قانونى) وجودا ماديا أو واقعيا • كضرورة التعبير عن الارادة وضرورة أن يكون هذا التعبير بقصـد الالتزام قانونا ، وتعبـيرا جادا وباتا • وهذه الشروط اللازمة للوجود الواقعى للارادة يتبين توافرها أو تخلفها من مجرد فهم التعبير عن الارادة أو تفسيره ، فاذا أسفر هذا الفهم (أو التفسير) عن تخلفها ، كان معنى هذا انعدام وجود الارادة القانونية ، منطقيا أو ماديا ، ولا تقـوم الحاجة الى أكثر من اثبات هذا الانعدام ، لاستبعاد ترتيب أية آثار قانونية •

ومن شروط الارادة ، طائفة أخرى تفترض سبق الوجود المادى أو الواقعى لهذه الارادة ، فهى شروط تلزم ، بحكم القانون ، فى ارادة موجودة وقائمة ، لتصبح هذه الارادة تصرفا قانونيا صحيحا ، وتخلف أى شرط منها يقتضى القول بعدم توافر وصـف التصرف القانـونى الصحيح لهذه الارادة، أى يؤدى الى انعدام وجودها قانونيا (لا منطقيا أو ماديا) ، ولذا توصف بالبطلان ، قصدا الى الاشـارة الى هـذا الانعدام القانونى ووصـولا الى نتائجـه • وتبين بطـلان الارادة (التصرف) فى هذه الحال ، لا يؤخذ من مجرد تفسير التعبير عنها ، بل يلزم لذلك مطابقـة الارادة الواقعيـة ، على الصورة القانـونية النموذجية لهذه الارادة لكشف النقص فى الارادة الواقعية ، ووصفها بالبطلان أن ثبت هذا النقص ، لمنع ترتب آثارها عليها •

والشروط التى يؤدى تخلفها الى بطـلان الارادة (كتصـرف قانونى) بعضها يستلزمه القانون كوسيلة لضمان سلامة الارادة •

= هذه الشروط يعنى عدم تكون العقد ، اى عدم قيام الارتباط ، دون حاجة الى الكلام عن بطلان العقد . مع ملاحظة ان بطلان احد التصرفات الداخلة فى تكوين العقد ، يؤدى الى عدم انعقاده . وسنعود لهذه المسألة فى كلامنا عن انعقاد العقد ، وانظر مؤلفنا عن البطلان ، ص ١٩٧ .

باعتبارها جسم التصرف القانونى • ولذا يمكن القول بأنها شـروط تهدف الى تحقيق السلامة « الداخلية » للتصرف • وهى الشروط اللازمة لسلامة الارادة ، أى انتفاء الغلط والاكراه والغبن ، وعدم فقـدان الاهلية • وبعضها لازم لضمان اتفـاق الارادة مع أوامر القانـون ونواهيه ، سواء فى الصورة التى يعبر بها عنها ، أو فى مضمون هذه الارادة ، وهذه الشروط هى توافر الشكل الذى يوجبه القانون وتوافر مشروعية مضمون الارادة أو غايتها •

واذا كان البطـلان هو الاثر الذى يترتب على تخلف أى شرط من الشروط السابقة ، التى تلزم للوجود القانونى للارادة كتصرف قانونى ، فان القانون لا يعامل البطـلان الذى يترتب على تخلف شرط من شروط سلامة الارادة ، من حيث تنظيم التمسك به وتقريره ، معاملة البطلان الذى يترتب على تخلف الشروط الاخرى (الشـكل أو المشروعية) وقد أخذ الفقه من ذلك أن للبطلان أنواعا ، تتعدد مع الصور المختلفة لتنظيم التمسك بالبطلان ، ويختلف كل منها عن الآخر •

ونتكلم فيما يلى ، عن البطلان ، لنعرف معناه وأقسامه ، ولنرى حقيقة الخلاف بين أحكام البطلان فى هذه الاقسام ، ثم لنبين الآثار التى تترتب على البطـلان بعد تقـريره • اذا كان ذلك قبل تنفيـذ الالتزامات الناشئة عن التصرف أو بعد هذا التنفيذ •

ولكن قبل الكلام عن البطلان ، نشير ، مرة أخرى فى ملاحظـات موجزة ، الى الشروط التى تلزم فى التصرف والتى لا يترتب البطلان على تخلفها ، لنحصرها ولنبين أثر تخلفها •

٥١ ــ الشروط التى لا يترتب البطلان على تخلفها :

اولا ــ اذا لم يتم التعبير عن الارادة • لا يكون هنـاك تصرف قانونى منتج لآثاره ، ولكن هذا لا يعنى أن هناك تصرفا باطلا ، ذلك أن تخلف التعبير عن الارادة ، تخلف للوجـود المـادى التصرف •

فالتصرف جوهره الارادة ولكن هـذه الارادة لا يعتد بهـا القانون ، ولا يتحقق وجودها فى نطاقه ، الا بالتعبير عنها • وتخلف التعبير عندئذ هو تخلف مادي للتصرف يجعله منعدما انعداما منطقيا • فالتعبير عن الارادة ليس من الشروط التى يترتب على تخلفها البطلان • ولكن ليس معنى هذا أن الارادة غير المعبر عنها يمكن أن تعتبر تصرفا قانونيا ، بل القصد من هذا القول هو أن انعدام التصرف ، فى هذه الحال ، انعداما ماديا ، يغنى عن توسيط نظام البطلان للقول بعدم وجـوده فى نظر القانون •

ثانيا — التعبر عن الارادة يعد تصرفا قانونيا ، اذا كان يكشف عن قصد الى الالتزام قانونا ، أى اذا توافرت فيه نية الالتزام التزاما قانونيا ، وذلك حتى تستبعد من نطاق التصرفات القانونية ، التعبيرات التى تقصد الى القيام بعمل من أعمال المجاملة ، أو أى واجب غـير قانونى بصفة عامة ، وكذا لتستبعد من هذا النطاق أيضا التعبـيرات التى لا تمثل اتجاها جادا الى الالتزام ، أى حتى تستبعد التصرفات الصورية ، وكذا التعبيرات التى تكشف عن أن الارادة غـير باتة فى القصد الى الالتزام ، وتلك التى تكشف عن أن صاحبها ليس لديه ادراك يمكنه من اصدار ارادة قانونية •

ويجعل الفقه من شروط الارادة التى تتجه الى احـداث الآثار القانونية ، أى من شروط التصرف القانونى ، أن تتوافر نية الالتزام بالمعنى السابق ويرتب على تخلف هذا الشرط ، بطلان هذا التصرف •

ولكننا نلاحظأن جعل نيةالالتزام مجرد شرطللتصرفالقانونى،يقوم علىافتراضامكان وجود ارادة، تسمى تصرفا، ليست فيها نية الالتزام، ولو وجودا ماديا أو واقعيا ، وهو أمر غير متصور ، فنحن نعتقد أن نية الالتزام لا يمكن ان تنفصل عن ذات الارادة ، لتصبح هذه النيـة مجرد شرط لها ، فنية الالتزام لا تعنى سوى ارادة « الاثر القانونى » • وهذه النية اذن هى كل الارادة وليست شرطا فيها ، فاذا تخـلفت

« النيـــة » ، فان هذا يعنى بالضرورة تخلف الارادة ذاتها ، تخلفا يؤدى الى انعدام أى وجود مادى أو واقعى للتصرف القانونى يسمح بالبحث عن شروط فيه • ومعنى هذا أننا نقول أن انعدام نية الالتزام يعنى عدم وجود التصرف القانونى ، كما يؤدى الى ذلك انعدام التعبير عن الارادة تماما • وقد يعترض على ذلك بأنه فى حال انعدام التعبير ، يستند القـــول بانعدام التصرف القانونى انعداما منطقيا ، الى معيار واضح ، فليس هناك أى تعبير ، وهذا هـــو « العدم » فى صـــورته الواضحة ، التى تغنى عن البطلان كوسيلة لهدم التصرف ؛ أما فى حال انعدام نية الالتزام فهناك تعبير يعد مظهر قائما ، وان كان هذا التعبير مظهرا لارادة غير جادة أو غير باتة أو غير واعية أو لا تهدف الى الالتزام قانونا ، فلم لا نلجأ الى البطلان لهدم هذا المظهر القائم ؟

الواقع أن وجود الارادة فى الصورة السابقة ، ليس الا وهمـــا يتبدد اذا حاولنا معرفة مضمون التعبيرات التى تدخل فى نطاق القانون ، عن تلك التى تبعد عن هذا النطاق ؛ فالحاجة الى التفسير ، لا تقتصر على أحوال تحديد مضمون تصرف قائم وصحيح ، بل تقوم أيضـــا لاثبات وجود هذا التصرف أو صحته•ونحن اذ نذكر التعبير عن الارادة، نأخذه فى معنى واسع يشمل كل ما تظهر به ارادة المعبر ، ســـواء أكان تعبيرا صريحا أم ضمنيا • ومجرد تفسير التعبير عن الارادة فى الصور التى تتخلف فيها نية الالتزام ، يكشف لنا عن انعدام التصرف القانونى ، انعداما ماديا أو منطقيا •

والتعبيرات المقترنة بشرط المشيئة ، أى التعبيرات غير الباته ، هى التعبيرات التى يبدو فيها بوضوح كيف أن تفسيرها يكشـــف عن انعدامها ، فاذا قال شخص انه يبيع منزله — عندما يريد ذلك ويقرره — الى شخص آخر بثمن معين ، فان فهم تعبيره ، فى ضوء الشرط الذى يضعه ، يكشف عن عدم وجود ارادة تتجه الى الالتزام بمقتضى هذا التعبير ، لان معنى هذا الشرط هو أن المعبـــر عن ارادته يقـــول انه

لا يلتزم فى الوقت الحاضر ، ويصبح عدم ترتيب أى أثر على مثل هذا التعبير من البداهة والمنطق ، لانه فى جملته ينفى — صراحة — ارادة الالتزام .

والتعبيرات التى تصدر عن ارادة هازلة ، هى تعبيرات عن ارادة غير جادة أى لا تقصد حقيقة الى الالتزام بما يؤخذ من التعبير ، وهذه الارادة توصف بأنها تصرف صورى (١) ، أى تصرف غير حقيقى . والصورية تتم فى مثل هذه الحال نتيجة لوجود تعبير آخر ، مخفى ، عن الارادة ، يكذب التعبير المعلن . وتكون وظيفة التفسير عندئذ هى تكملة التعبير المعلن بالتعبير المخفى بعد الكشف عنه ، فيتهاتر التعبيران لان معناهما معا هو أن الشخص لا يقصد حقيقة الى الالتزام ، وينكشف « انعدام أى ارادة حقيقية تتجه الى أحداث أثر قانونى » ، دون حاجة الى الطعن بالبطلان ، لان هذا الانعدام هو انعدام مادى ومنطقى للتصرف .

وقد يتضح من ظروف التعبير عن الارادة وملابساته ، وكذا من مضمونه ، ولو أنه يأخذ مظهر التعبير عن تصرف قانونى ، أنه تعبير هازل ، يقصد صاحبه به الى مجرد السخرية ، أو النقد ، أو حتى مجرد ادهاش سامعيه ، أو اضحاكهم (٢) ؛ فيكون انعدام التصرف القانونى ، رغم مثل هذا التعبير ، انعداما ماديا ومنطقيا ، أمرا مسلما ، من مجرد ربط التعبير بظروفه وملابساته ومضمونه ، ولا يحتاج انكار وجوده كتصرف قانونى ، الى أى طعن بالبطلان .

---

(١) يسمى الفقه الصورية فى التعبير عن الارادة ، التحفظ الذهنى على أساس ان تسمية الصورية تخص « الاتفاقات » غير الجدية ، لا مجرد الارادات المنفردة غير الجدية ، وانظر مؤلفنا عن البطلان ، فقرة ١١٤ ، وفقرة ١١٥ .

(٢) كما لو اعلن شخص فقير بين اصدقائه انه يشترى جميع املاك صديق منهم واسع الثراء بثمن هو ملايين الجنيهات ، والجميع يعرف انه لايكاد يملك قوت يومه .

والتعبيرات المتعلقة بالمجاملات (والواجبات الخلقية) ، يكشف تفسيرها ، باعمال الفهم العام ، أى الفهم المألوف بين الناس لهذه التعبيرات ، لبيان القصد منها ، يكشف عن أن المعبر عن ارادته يضع تعبيره خارج اطار القانون ، فلا يقصد الى أن يرتب على نفسه آثارا يقتضى تنفيذها جبرا عنه ، كمن يدعو شخصا الى وليمة أو نزهة ، أو من يعد ابنه بجائزة ان تفوق فى دراسته ، فالتعبير فى مثل هذه الصور ولو أنه جاد ، ليس تصرفا قانونيا ، ولا محل للبحث ، فى هذه الحال ، عن شروط تصرف لا وجود « فعليا » له .

أما تعبير فاقد الوعى والادراك (السكران أو المخدر) ، فيتوقف القول بانعدامه ، لانعدام نية الالتزام به ، أو بوجود التعبير كتصرف ، واستلزام الطعن ببطلانه بسبب عيب الرضاء ، يتوقف على ما اذا كان تفسير هذا التعبير يكشف عن انعدام نية الالتزام أو لا يكشف عن ذلك ، فان كان كاشفا عن هذا الانعدام ، كان هناك انعدام منطقى يغنى عن الطعن فى الارادة بالبطلان ، والا كان هذا الطعن واجبا لنفى الوجود القانونى للتصرف .

والخلاصة أن نية الالتزام فى الصور التى استعرضناها ، ليست شرطا لصحة التصرف ، لان تخلفها يعنى انتفاء الوجود المادى أو الواقعى للتصرف ، وهو وجود يلزم تحققه لامكان القول بالبطلان ، وهذا الانعدام المادى يظهر من مجرد تفسير التعبير عن الارادة ، وفهمه فهما قانونيا يكشف عن أنه لا يدخل فى نطاق التعبيرات التى تنطوى على تصرفات قانونية (١) .

ثالثا ـ ارادة الاثر القانونى ، يستلزم وجودها بالضرورة انصبابها على موضوع معين وقصدها الى هدف محدد . ولذا لا يتصور أن يتطلب وجود محل أو غاية لها ، كشيء مستقل عن استلزامها هى ،

(١) قارن مع ذلك ، بهجت بدوى ، فقرة ١٥١ ص ٢٣٥ .

لان وجودهما من وجـود الارادة كما وضـح فى كلامنا عـن شرط وجودهما ، وتخلف الارادة الذى يؤخذ من تعبير لا مضمون له ، ليس سببا البطلان ، بل هو سبب للانعدام المادى للتصرف القانونى(١). فمن يقول انه يبيع أو يشترى دون أن يحدد ما ينصب عليه البيـع أو الشراء لا يعبر عن ارادة يمكن اعتبارها تصرفا قانونيا .

٥٢ ـ البطلان ومعناه :

اذا تخلف أحد الشروط القانونية التى تلزم لنشوء التصرف والتى أشرنا اليها فيما سبق ، وسواء أكان الشرط المتخلف شرطا متعلقـا بسلامة الارادة أم بمشروعيتها أم بشكلها ، فان هذه الارادة ، تـكون تصرفا قانونيا باطلا . والبطلان ، لذلك ، وصف يلحق التصرف القانونى المعيب ، والذى يتحقق عيبه بسبب مخالفة أحـكام القانون التى تنظم انشاءه ، وتحدد شروطه القانونية . وهذا الوصف يعنى أن هذا التصرف غير صالح لانتاج الآثار القانونية المقصودة بـه (أى هو ، نتيجـة للبطلان ، تصرف غير نافذ) .

فالبطلان لا يترتب الا نتيجة لمخالفة أوامر القانون المنظمة لانشاء التصرف القانونى ، فسبب البطلان يجب أن يكون متحققا فى تخلف شرط من شروط انشـاء التصرف وكل سبب يحدث لاحقـا لابرام التصرف ، فيؤدى الى عدم ترتب آثاره عليه ، لا يمكن أن يكون سببا للبطلان ، مهما اشتبهت آثاره بآثار البطلان (٢) .

---

(١) وصـدور التعبير ممن ليست له ولاية ابرام التصرف عن الغير ، لا يؤدى بذاته ، كما رأينا ، الى البطلان ، وانما يكون هذا التعبير غير ملزم للغير الذى يبرم التصرف باسمه دون ولاية ، تطبيقا لمبدأ نسبة أثـر التصرفات القانونية ، اى اقتصار ترتيب ما ينشأ عنها من التزامات على من تصدر منه ، أو من نائب عنه .

(٢) ولذلك فرجوع الشىء المرهون رهنا حيازيا ، الى الراهن ، بعد نشوء الرهن صحيحا لا يمكن أن يكون سببا فى « بطلان الرهن » كمـا

ولذلك فالبطلان يختلف اختلافا واضحا عن الفسخ ، رغم أن كلا منهما يؤدى الى عدم نفاذ التصرف القانونى (١) ، فالفسخ يترتب على عدم تنفيذ أحد الطرفين ، فى عقد ملزم للجانبين ، لا لتزاماته الناشئة عن التصرف القانونى ، وسببه ، لذلك ، أمر لاحق لانشاء التصرف وابرام العقد ، وهو عدم التنفيذ أو استحالته • ومن ناحية أخرى فالفسخ جزاء ينصب على العقد ، ومعناه حل ارتباطه لتمكين الطرف الذى لم يتلق مقابلا لما التزم به بسبب امتناع الطرف الآخر عن تنفيذ التزاماته ، من التحلل من التزامه هو الآخر • أما البطلان فسببه لا بد أن يكون مخالفة للقانون تؤدى الى عيب التصرف عند ابرامه ، أى سببا مقارنا لانشاء التصرف القانونى ، والبطلان وصف ينصب على التصرف القانونى ، أى على الارادة نفسها ، وليس جزاء ينصب على الارتباط بين الارادات كالفسخ •

والذى يوصف بالبطلان هو التصرف القانونى نفسه ، أى الارادة ، فالقانون يرتب على الارادة ما تقصد اليه من الآثار ان كانت صحيحة ، ويمنع ذلك ان كانت باطلة ، فالبطلان وصف للارادة نفسها أو للتصرف القانونى ولا يصح استعمال هذا الوصف لما لا يعتبر تصرفا قانونيا (أى لما لا يعتبر ارادة) ، ولو كان القصد من ذلك التنبيه الى مخالفته لاحكام القانون ، فالسند أو المحرر الذى يثبت فيه تصرف من التصرفات ، لا يصح وصفه بالبطلان ، ولو كان مخالفا لاحكام القانون

يقول بعض الفقه ، وكما كان يقضى نص المادة ٦٤١ من القانون المدنى المصرى السابق ، وانما يؤدى هذا الرجوع ، ونقلا لنص المادة ١١٠٠ من القانون المدنى الحالى الى « انقضاء الرهن » وانظر مؤلفنا عن البطلان ، هامش ١ ص ١٣٦ .

(١) وان كان الفسخ يؤدى الى انقضاء التزامات ترتبت على تصرفات قانونية صحيحة ، فى حين ان البطلان يؤدى الى منع ترتيب آثار الارادة ، منذ البداية لمخالفتها للقانون .

وسنعود الى الكلام عن الفسخ وآثاره ، فى دراستنا لأحكام العقد .

المنظمة لتحريره ، لان السند ليست له ، بذاته ، آثار خاصة ، فهـو مجرد وسيلة أو دليل لاثبات التصرف المتضمن فيه ، فان خـولفت قواعد القانون فى اعداد هذا السند ، وأصبح غير صالح لاثبات التصرف أمكن وصفه بأنه سند ناقص أو غير كاف للاثبات (١) .

٥٣ ـ أقسام البطـلان :

ومعنى البطلان ، كما أشرنا من قبل ، هو عدم وجود الارادة فى نظر القانون ، أو عدم اعتداد القانون بها كتصرف قانونى ، فلا يرتب عليها ما تقصد اليه من آثار قانونية ، والعدم واحد لا مراتب فيه ، مما يقتضى أن يكون البطلان شيئا واحدا فى كل أحواله ، ولكن الفقه جرى على أن يرى للبطلان أنواعا تفترق فى الشدة يختص كل منهمـا بأحكام تميزه عن النوع الآخر ، وهذا الفقه يقيم تمييزه لانواع البطلان، على أساس اختلاف فى أهمية عيوب التصرف التى تؤدى اليها أسباب البطلان ، أى على أساس اختلاف أهمية الشروط التى يضعها القانون للارادة ، وبالتالى اختلاف خطورة مخالفتها على التصرف ، فمخالفة بعض الشروط ، وفقا للفقه التقليدى ، قد تؤدى الى حرمان التصرف تماما من وجـوده ، فيلحق التصـرف أشد أنـواع البطلان وهـو « الانعدام » ،ومخالفة البعض الآخر يترتب عليها تخلف أحد أركـان التصرف فيكون باطلا بطلانا تاما أو « مطلقا » . أما ان وقعـت فى التصرف مخالفة لشرط من شروط ركن من أركانه ، دون أن ينعدم هذا الركن تماما ، فالبطلان أخف مما سبق ، بل أنه يسمح للتصرف بوجود قانونى مؤقت حتى يتقرر بطلانه بحكم القضاء ، ولذا يسمى بطلانا نسبيا .

وهذا التقسيم الثلاثى للبطـلان ، الى انعدام وبطلان مطـلق

---

(١) ورغم ان كثيرا من الشراح الفرنسيين يتكلمون عن بطلان السند (مؤلفنا السابق ، هوامش ص ١٣٧ — ص ١٣٩) . فان نص المادة ١٠ من قانون الاثبات فى مصر مصوغ بدقة لا نزاع فيها ، فهو لا يتكلم عـن البطـلان كاثر لمخالفة شروط اعداد سند الاثبات .

وبطلان نسبى لم يعد مأخوذا به فى الفقه الحديث الذى يبقى للبطلان قسميه الاخيرين فقط، البطلان المطلق والبطلان النسبى[١]. وهذا الفقه مازال يقيم التفرقة بين هذين النوعين على أساس اختلاف أثر مخالفة بعض شروط التصرف القانونى ، على هذا التصرف ، عن أثر مخالفة البعض الآخر ، فهناك شروط هامة تؤدى مخالفتها الى بطلان « شديد » هو البطلان الذى يؤدى الى عدم تحقق أى وجود قانونى للتصرف الباطل ، وهناك شروط أقل أهمية يترتب على مخالفتها بطلان أخف هو البطلان النسبى الذى يسمح بوجود التصرف الباطل نسبيا حتى يتقرر بطلانه . ولكن هذا الفقه الحديث لا يتفق على تحديد الاحوال التى يكون فيها البطلان مطلقا وتلك التى يكون فيها نسبيا ، وقد حاول بعضه وضع معايير تتحدد فى ضوئها صفة البطلان ، فذهب رأى الى أن البطلان يكون مطلقا اذا تخلف ركن فى التصرف ، ويكون نسبيا اذا كان عيب التصرف نتيجة تخلف شرط فى أحد الاركان (٢) ، وقد وجد بعض الفقه أن هذا المعيار غير واضح ولا يصلح أساسا لتحديد أحوال كل نوع من أنواع البطلان (٣) ، واقترح معيارا آخر هو طبيعة المصلحة التى يحميها البطلان ، فاذا كان الشرط الذى وقعت مخالفته يحمى مصلحة عامه ، كان بطلان التصرف المخالف مطلقا ، وان كان يحمى

---

(١) ظهرت فى الفقه الفرنسى الحديث ، منذ أوائل القرن العشرين نظريات تذهب الى تعدد صور البطلان الى غير حد ، واختلاف صورته فى كل حال على حدتها ، وبالتالى اختلاف الاحكام التى يخضع لها وفقا لغايته بالنسبة لكل تصرف ، وقد أشرنا الى هذه النظريات تفصيلا ، وانتقدناها فى مؤلفنا عن البطلان ، فقرة ١٢١ وما بعدها ، ويلاحظ اسماعيل غانم أن افكار هذا الاتجاه الجديد بدات فى الظهور مرة ثانية كاساس لكتابات حديثة من البطلان ، فى الفقه الفرنسى ، هامش ١ ص ٢٧٦ ، ص ٢٧٧ .

(٢) انظر مثلا بيدان ، جـ ٨ فقرة ٢٢ وفقرة ٢٧١ .

(٣) فالتفرقة بين تخلف الركن وتخلف شرط فيه ، امر متعذر ، لانه فى الصورتين يمكن تصوير الأمر على انه تخلف لشرط قانونى ، ثم ان الفقه التقليدى يجعل البطلان المطلق اثرا لتخلف شرط فى ركن ، دون ان يقصره على تخلف الركن نفسه ، فيجعل البطلان المطلق جزاء عدم تعيين المحل او عدم مشروعية السبب — أنظر مؤلفنا عن البطلان ، فقرة ١٢٠ .

مصلحة خاصة كان البطلان نسبيا (١) وذهب البعض الآخر الى عدم امكان وضع معيار لحالات البطلان المطلق وحالات البطلان النسبى ، والى أن تحديد نوع البطلان يتم بالنسبة لكل سبب من أسبابه ، على حدة ، لان هذا التحديد لا يخضع لمعيار مسبق (٢) .

ويمكن القول بأن الفقه يجعل انعدام الرضاء أو المحل أو السبب ، وكذا تخلف أى شرط فى المحل أو السبب ، كعدم التعيين أو عدم المشروعية ، أسبابا للبطلان المطلق . أما عيوب الرضاء والغبن وفقدان الاهلية ، فانها تعتبر أسبابا للبطلان النسبى (٣) .

ورغم عدم نجاح المعايير التى حاول الفقه وضعها لبيان أحوال كل من نوعى البطلان ، فان أغلب الفقه يأخذ بهذا التقسيم فى الوقت الحاضر ، ويراه مؤيدا بنصوص التشريع .

وقد أخذ الشارع المصرى فى القانون المدنى الحالى ، بتقسيم البطلان الى مطلق ونسبى ، فى المواد ١٣٨ وما بعدها ، ولكنه لم يستعمل تعبيرى « بطلان مطلق » ، و « بطلان نسبى » ، بل استعمل تعبيرى « بطلان » للدلالة على البطلان المطلق « والقابلية للابطال » (أو الحق فى الابطال) ، للدلالة على البطلان النسبى .

ورغم أن الفقه يسلم بأن نوعى البطلان يتشابهان من حيث أنه اذا قضى بأى منهما ، أى اذا تقرر البطلان بحكم القضاء ، وسواء

---

(١) انظر مثلا بلانيول وريبير واسمان ، جـ ٦ فقرة ٢٨٧ و ٢٨٨ .

(٢) انظر حامد زكى ، دروس فى الالتزامات فقرة ١٤٢ ، ومراجع اخرى فى مؤلفنا السابق ، هامش ٦ ص ٣٤١ ، ونصوص القانون المدنى المصرى تحرص على بيان نوع البطلان الذى يترتب على تحقق كل سبب من أسبابه .

(٣) ويلاحظ اننا سبق ان رفضنا اعتبار اغلب اسباب البطلان المطلق ، كما يحددها الفقه ، أسبابا للبطلان ، فلم نستبق منها سوى عدم المشروعية ومخالفة الشكل .

أكان البطلان مطلقا أم نسبيا ، فان كلا منهما يكون له نفس الاثر فى منع ترتب أى أثر على التصرف الذى قضى ببطلانه ، وفى ازالة ما ترتب عليه من الآثار ، بأثر رجعى ، وقبل الكافة ، ورغم التسليم بوحدة أثر نوعى البطلان فان هذا الفقه يحدد أوجه الخلاف بين كل من نوعى البطلان ، فيما يأتى :

(أ) فى البطلان النسبى تقوم الحاجة الى تقريره بحكم القضاء ، لان التصرف القانونى الباطل نسبيا ، يكون له وجود رغم بطلانه ، مما يوجب تقرير البطلان بحكم القضاء ، أما البطلان المطلق فشدته تعنى أن التصرف غير موجود ، مما يغنى عن طلب تقريره بحكم القضاء ، وان كانت الحاجة العملية تلجىء الى رفع الدعوى به ، أو الدفع بالبطلان ، وسيلة لرفض المطالبة بالالتزامات استنادا الى التصرف الباطل .

(ب) التمسك بالبطلان المطلق يكون لكل ذى مصلحة ، أى لكل شخص يكسب حقا تؤثر فيه صحة التصرف أو بطلانه ، كما يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، أما البطلان النسبى فلا يتمسك به الا من يتقرر البطلان لحمايته ، ولا تقضى به المحكمة الا بناء على هذا التمسك .

(ج) البطلان المطلق لا يمكن أن يزول بالنزول عن حق التمسك به ، أما البطلان النسبى فيقبل الاجازة ، التى ينقلب بها التصرف القابل للابطال ، تصرفا صحيحا .

(د) تختلف أحكام سقوط حق التمسك بنوعى البطلان ، بالتقادم (بل ان بعض الفقه يذهب الى عدم سقوط البطلان المطلق بالتقادم على خلاف البطلان النسبى) .

وقد نصت مواد القانون المدنى المصرى على الاحكام التى تفرق بين نوعى البطلان ، فالمادة ١٣٨ تنص على قصر حق التمسك بالابطال على من تقرر لحمايته ، والمادة ١٣٩ تنص على زوال حق الابطال بالاجازة الصريحة أو الضمنية ، كما تنص المادة ١٤٠ على سقوط حق طلب الابطال بمضى ٣ سنوات من تاريخ اكتمال الاهلية أو انكشاف الغلط أو انقطاع الاكراه ، فى حدود ١٥ سنة من تاريخ العقد ، أما المادة ١٤١ فتنص على حق كل ذى مصلحة فى التمسك بالبطلان ، وحق المحكمة فى القضاء به من تلقاء نفسها ، وعدم سقوط الحق فى طلبه ، بالاجازة ، كما تنص أيضا على سقوط دعوى البطلان بخمس عشرة سنة من تاريخ العقد •

كما تقضى المادة ١٤٢ بوحدة الاثر المترتب على نوعى البطلان ، من حيث ازالة آثار التصرف الباطل ، فتنص على أنه فى حالتى ابطال العقد وبطلانه يعاد « المتعاقدان » الى الحالة التى كانا عليها قبل التعاقد •

٥٤ — وحدة البطلان :

ورغم اتفاق أغلب الفقه الحديث على قسمة البطلان الى مطلق ونسبى ، ورغم اسناد هذا التقسيم الى نصوص كثير من التشريعات ، ومنها القانون المدنى المصرى ، فاننا نعتقد أن البطلان نوع واحد ، من ناحية أنه ان ثبت بطلان تصرف من التصرفات ، فان وجود التصرف القانونى يتأثر بالبطلان بصورة واحدة ، سواء أكان البطلان من النوع الذى يوصف فى الفقه بأنه بطلان مطلق أو من ذلك الذى يسمى بطلانا نسبيا ، لان البطلان يعنى فى الحالين عدم اعتداد القانون بهذا التصرف ، وبالتالى عدم ترتيب الآثار التى يقصد الى ترتيبها • وهذه المساواة فى آثار البطلان ، التى تعكس فى اعتقادنا وحدة فى طبيعة البطلان ، يسلم بها كل الفقه فى قوله ان كلا من نوعى البطلان ، اذا تقرر بحكم القضاء ، يكون له نفس الاثر فى اعدام آثار التصرف الباطل ، كما نص عليها صراحة، القانون المدنى المصرى فى المادة ١٤٢ •

ولكن ما نقول به من وحدة البطلان ، لا ينفى أن تقرير البطلان والحكم به له صورتان ، تختلف أحكامه فى كل منهما ، بحسب ما اذا كان البطلان مما يسميه الفقه مطلقا أو مما يسميه نسبيا ، الا ان هذا الخلاف فى طريقة اعمال البطلان ، لا يصل الى حد اعتبار البطلان فى كل صورة ، نوعا يختلف عن البطلان فى الصورة الاخرى ، من حيث طبيعته ، فهو فى الصورتين بطلان واحد ، وله نفس الطبيعة واذا ما قضى به ، له نفس النتيجة فى منع ترتب أى أثر من آثار التصرف ، ولا نستطيع أن نسلم باختلاف نوعى البطلان فى الشدة ، لنقول كما يقول الفقه ، ان التصرف فى حال البطلان المطلق معدوم لا وجود له ، وأنه فى حال البطلان النسبى ، موجود قابل للبطلان ، ما دام ثبوت بطلان التصرف ، فى أية صورة ، يعنى أن هذا التصرف غير صالح لانتاج أى أثر من الآثار المقصود به •

والصورة المنطقية للبطلان ، لذلك ، هى صورة البطلان المطلق ، كما يحددها الفقه ، أى البطلان الذى يعنى انعدام الوجود القانونى للارادة (أو التصرف القانونى) وبالتالى ، عدم ترتيب أى أثر مما تقصد اليه هذه الارادة ولذا نستطيع أن نقول انها الصورة الاصلية بل الوحيدة للبطلان • والدفاع عن وحدة البطلان على أساس تماثل آثاره فى جميع الاحوال يقتضى نفى ما يقال به من نسبية البطلان ، فى أحوال البطلان النسبى ، بنفى ما يعزى الى التصرف الباطل نسبيا من وجود مؤقت قبل الحكم ببطلانه ، وابراز ما بين نوعى البطلان ، من اتحاد فى أثرهما على التصرف الباطل •

ويعين على وضوح ما نأخذ به من وحدة البطلان ، أمران :

الاول : تحديد دقيق لاسباب البطلان ، باستبعاد ما لا يعتبر من هذه الاسباب، وقد أشرنا من قبل الى أن البطلان وصف للتصرف المعيب، أى للارادة المخالفة لشروط القانون ، وأنه ليس وصفا للعقد ، ولذا استبعدنا كل ما يتصل بانعقاد العقد (عدم توافق أو ارتباط الارادات) ،

من أسباب البطلان ، كما استبعدنا من هذه الاسباب أيضا مخالفة الشروط التى تلزم لوجود الارادة ماديا (أو منطقيا) ، وكذا شروط المحل والسبب التى تلزم لوجود الارادة ماديا (أو منطقيا) ، وكذا شروط المحل والسبب التى لا يتصور حدوث مخالفتها الا اذا تخلف وجود الارادة ، فعليا وماديا • وقلنا أن الارادة (التصرف القانونى) فى مثل هذه الاحوال ، تكون منعدمة ماديا ومنطقيا ، انعداما يغنى عن الالتجاء الى وصفها بالبطلان لمنع ترتب ما تقصد اليه من آثار •

وقد انتهينا الى أن أسباب البطلان ثلاثة هى : — تخلف الشكل الذى يوجبه القانون فى التعبير عن الارادة • ٢ — ووقوع عيب فى الارادة (الغلط — الاكراه — الغبن — فقدان الاهلية) ٣ — وعدم مشروعية غايتها (١) •

الثانى : اجراء توزيع حاسم لاحوال البطلان على الصورتين اللتين تختلف فيهما قواعد تقريره ، فنجعل البطلان لعدم المشروعية (ونلحق به البطلان لمخالفته الشكل المفروض للتعبير عن الارادة) خاضعا لاحكام ما يسمى فى الفقه انبطلان المطلق • أما أحكام ما يسمى بالبطلان النسبى فى الفقه : فيخضع لها البطلان لعيوب الارادة ، الثابتة وهى الغلط والاكراه ، والمفترضة : الغبن وفقدان الاهلية (بعد أن قصرنا صور فقدان الاهلية على أحوال عدم القدرة على ابرام التصرف بقصد حماية فاقد الاهلية) •

---

(١) وعلى ذلك لا تعتبر الدعوى البولصية التى يطعن بها الدائن فى تصرفات مدينه ، الضارة به ، دعوى بطلان ، وكذا لا يعتبر بيع ملك الغير بغير ولاية بيعا باطلا ، الا فى حدود الاسباب العامة لعيب الرضاء ، لأن استحالة نقل الملكية فيه استحالة نسبية جزاؤها الفسخ لا البطلان ، كما أن الصورية لا تعتبر سببا للبطلان ، الا ان كانت تخفى غاية غير مشروعة . والاحتيال على القانون بابرام تصرف من التصرفات ، ليس بذاته ، سببا ، لبطلان هذا التصرف ، وانما يقوم البطلان على عدم مشروعية الغاية من التصرف ، بعد كشف هذه الغاية باثبات صورية تصرف سابق يقصد به اخفاء عدم المشروعية ، انظر تفصيلا فى الكلام عن الاحتيال على القانون ، كسبب للبطلان ، فى مؤلفنا عن البطلان ، فقرة ١١٢ و ١١٣ •

وعلى ذلك فأسباب البطلان ، فيما نرى ، طائفتان •

الاولى : عيوب الرضاء ، التى تمس ما نستطيع أن نسميه السلامة الداخلية للتصرف •

الثانية : عدم المشروعية ، الذى يمس سلامته الخارجية •

ولو كنا نأخذ بتقسيم البطلان الى مطلق ونسبى ، لكانت الطائفة الاولى هى أسباب البطلان النسبى ولكان عدم المشروعية (وفيه تخلف الشكل) السبب الوحيد للبطلان المطلق • ولكننا لا نقبل فكرة النسبية فى البطلان بسبب عيوب الرضاء ، ونراه بطلانا لا يختلف فى طبيعته عن البطلان لعدم المشروعية كما نرى من مناقشة فكرة النسبية فى البطلان ، لرفضها ، فيما يلى :

فكرة البطلان النسبى — رفضها :

ان النسبية فى البطلان لعيب الرضاء أو فقدان الاهلية ، تقوم ، لدى الفقه ، على أساس أن هذه العيوب لا تمنع من قيام « العقد » منتجا لآثاره ، حتى يطلب بطلانه ، أى تقوم على أساس الوجود المؤقت (والمهدد بالزوال) للتصرف الباطل بطلانا نسبيا ، فالبطلان النسبى يسمح بوجود قانونى مؤقت للتصرف المعيب بسبب من أسبابه ، ويظل هذا الوجود المؤقت قائما حتى يقضى بالبطلان فيزول بأثر رجعى (١) ، على خلاف الحال فى البطلان المطلق الذى لا يسمح بأى وجود للتصرف •

ويرتب الفقه على هذا الوجود المؤقت نتيجة هامة من حيث عمل القاضى فى الحكم بالبطلان ، فهو عند الحكم بالبطلان المطلق يقرر أمرا

---

(١) انظر السنهورى ، الوسيط ، فقرة ٣٠١ •

موجودا لا يضيف اليه ، بحكمه ، جديدا • أما فى حال البطلان النسبى فالقاضى يتناول تصرفا « موجودا » ، فاذا قضى ببطلانه ، فانه ينشىء البطلان بحكمه ، ولا يقتصر دور الحكم على مجرد تقرير وجود البطلان السابق على الحكم كما هى الحال فى النوع الاول • ومع ذلك يقــرر الفقه أنه يترتب على الحكم بالبطلان النسبى أن يزول وجود التصرف منذ نشأ ، أى بأثر رجعى ، كما هى الحال فيما لو كان البطلان مطلقا ، يقتصر القضاء به على مجرد تقريره لا انشائه •

وفى القول بوجود التصرف الباطل بطــلانا نسبيا حتى يقضى ببطلانه ، ثم زوال هذا التصرف بأثر رجعى بعد الحكم بالبطلان ، تناقض واضح ، ذلك أن الرجوع بأثر الحكم بالبطلان الى يوم ابرام التصرف ، وازالة كل أثر ترتب على افتراض قيام هذا التصرف ، يعنى أن هذا التصرف كان معيبا منذ انشائه ، بصورة تجعله غير صــالح لترتيب ما يقصد به من آثار ، أى انه لم يكن موجودا ، فى نظر القانون ، منذ البداية • وهذا هو ما يتفق مع معنى البطلان ، فمن المسلم أن البطلان لا يترتب الا على عيب يلحق التصرف منذ انشائه ، سواء أكان هذا البطلان مطلقا أم نسبيا • والتسليم برجوع أثر الحكم بالبطلان النسبى الى وقت انشاء هذا التصرف يقتضى القول بأن هذا التصرف لم يكن له أى وجود منذ البداية كما لو كان باطلا بطلانا مطلقا •

وهذا التناقض لا يرتفع الا اذا اتبعنا احدى طريقين ، فاما أن نقول بأن الحــكم بالبطلان النسبى ، اذ ينشىء البطلان ، انمــا ينهى وجود التصرف المشوب بهذا البطلان منذ صدور هذا الحكم ، فيصبح البطلان النسبى سببا للانقضاء ويؤدى ذلك الى ترتيب أثر هذا البطلان فى ازالة التصرف ومنع آثاره منذ الحكم به ، ويستقيم القول بأن التصرف كان موجودا وجودا قانونيا قبل الحــكم ببطلانه ، وبصدور هذا الحكم انتهى هذا الوجود • واما أن نسلم بأن التصرف لم يكن له هذا الوجود القانونى قبل الحكم ببطلانه ، وانما كان له وجــود

ظاهرى أو مادى محض ، تتبين حقيقته بثبوت البطلان بالحكم به ، وعندئذ يكون من الضرورى التسليم بزوال التصرف منذ نشأته ، وبلا حاجة الى فكرة الرجعية ، لان معنى البطلان ، أن التصرف الباطل ، لم يكن له وجود فى أية لحظة ، ولو قبل الحكم بالبطلان ، ويكون عمل القاضى ، عندئذ ، فى الحكم بالبطلان النسبى أو البطلان المطلق ، عملا واحدا ، فهو يقرر وجود البطلان ولا ينشئه ، فى البطلان النسبى والبطلان المطلق على السواء .

والطريقة الثانية أى اعتبار التصرف الباطل بطلانا نسبيا غير قائم فى نظر القانون منذ البداية هى ، فيما نعتقد ، الطريقة السليمة لانها هى التى تتفق مع ما هو مسلم تشريعيا وفقهيا من ترتب أثر البطلان ، ولو كان نسبيا ، بأثر رجعى ولذا يجب نبذ فكرة الوجود المؤقت للتصرف الباطل بطلانا نسبيا ، لان البطلان وصف يلازم التصرف منذ انشائه ، فهو يترتب على مخالفة القانون فى ابرامه وسببه لابد أن يكون قائما فى وقت ابرامه ، وانعدام وجود التصرف منذ البداية أمر يترتب بالضرورة على معنى البطلان فى كل صوره (١) ، دون حاجة الى الاستعانة بفكرة الرجعية (٢) .

---

(١) ويذهب البعض الى التسوية بين نوعى البطلان ، على أساس القول بوجود مؤقت للتصرف مع البطلان المطلق ايضا ، كذلك الذى يقال به مع البطلان النسبى ، وأن القاضى ينشىء البطلان بحكمه سواء أكان البطلان مطلقا او نسبيا ، وان زاول آثار التصرف منذ البداية يفسر بفكرة الرجعية ، رينيه دى جوت ، مقالته عن البطلان فى القانون السويسرى فى مجلة القانون السويسرى سنة ١٩٢٩ ص ٣٤٩ .

(٢) ويمكن ان نلمس فى فكرة الوجود المؤقت للتصرف الباطل بطلانا نسبيا (لعيوب الرضاء او لفقدان الاهلية) تأثرا بتقاليد القانون الرومانى ، وبسبب ظروف فى هذا القانون لا محل لها فى القوانين الحديثة ، ذلك انه خلال فترة طويلة من حياة القانون الرومانى ، كانت قواعده تستمد من مصادر متعددة لا تنتج قواعد متحدة فى الطبيعة ومتساوية فى قوة الالزام ، مما أدى الى وجود فوارق بين آثار كل منها فى تعديل او ايجاد الانظمة

ومن ناحية أخرى ، فالفقه يجمع على أن البطلان النسبى يتفق مع البطلان المطلق فى أثره أو نتيجته ، فكل منهما يهدم التصرف منذ

القانونية وكان هذا الخلاف واضحا بين قواعد القانون المدنى الرومانى (التى تستمد من قانون الالواح والتشريعات والمصادر الاخرى) ، وبين القواعد التى استحدثها الحاكم القضائى (البريتور) فى منشوره ، لمعالجة اوجه النقص فى القانون المدنى والتى لا تسعف التشريعات فى علاجها ، ولم تكن للبريتور سلطة التشريع ، ولكنه استند الى سلطاته الادارية كحاكم من حكام الشعب ، مختص بالقضاء ، ليصدر اوامر او نواهى ، يعدل بها آثار تطبيق قواعد القانون المدنى حيث كانت تبدو منافية للعدالة ، ويلتزم الناس باتباع هذه الأوامر على اساس انها أوامر الحاكم . وبهذه الطريقة ابتدع وسائل عديدة لتحقيق العدالة ، منها منح المتقاضين دفوعا لتعطيل احكام القانون المدنى . ومنها ايجاد دعاوى جديدة تحمى نظما قانونية انشأها البريتور ، ولم يعرفها القانون المدنى ، ولكن انعدام سلطة البريتور فى التشريع جعله غير قادر على مواجهة قواعد القانون المدنى ليعدلها بصراحة ويغير حكمها ، بل كانت طريقة عمله ، ان يبقى هذه القواعد قائمة نظريا ، مع افراغها من مضمونها العملى فى التطبيق بالوسائل التى ابتدعها لتعطيل حكمها . فاذا اراد البريتور ان يوجد سببا جديدا لبطلان تصرف ، كان يمنح الافراد دفوعا يصلون بها الى منع الزامهم بتنفيذ هذا التصرف ، او أوامر لاسترداد ما نفذوه من آثاره ، دون تعرض لصحة التصرف وفقا لأحكام القانون المدنى الرومانى . ولم يكن القانون الرومانى ، فى شكليته البدائية ، يجعل عيوب الرضاء اسبابا للبطلان ، ولم يكن ذلك لازما مع ندرة المعاملات وضيق نطاقها ثم قامت الحاجة الى ذلك بعد ان ازدهرت المعاملات واتسع نطاقها فأخذ البريتور فى استخدام وسائله فى حماية المتعاملين من الغش والغبن والاكراه ، وكان استخدام هذه الوسائل يقوم على افتراض صحة التصرف ووجوده ، وفقا لاحكام القانون المدنى ، ولكن مع تعطيل تنفيذه بالدفوع التى يمنحها البريتور أو الرجوع فيما تم تنفيذه بمقتضى اوامره بالاسترداد ، أى مع تعطيل آثار التصرف ، كما لو كان باطلا مع اعتباره صحيحا نظريا وفقا لاحكام القانون المدنى . ويبدو ان الكلام عن وجود التصرف المشوب بعيب الرضاء فى الفقه الحديث ، رغم بطلانه بطلانا نسبيا ، ليس الا اثرا للصورة التى كانت قائمة فى القانون الرومانى (مع وصف وجود التصرف الباطل بأنه وجود مؤقت) رغم أن هذه الصورة ترتبط بظروف خاصة كانت فى القانون الرومانى ، ولا توجد فى القوانين الحديثة . وانظر مؤلفنا عن البطلان ، فقرة ١٣٠ ، والمراجع المشار اليها فيه .

نشوئه ، ويزيل كل آثاره فيمتنع تنفيذ ما لم ينفذ منها ، ويسترد ما نفذ ، بحيث يرجع المتصرف الى الحال التى كان عليها قبل الالتزام بالتصرف الباطل ، وان كان يعلق هذه المساواة بين نوعين من البطلان ، فى الاثر ، على تقرير البطلان النسبى بحكم القضاء . وقد لاحظنا من قبل أن حكم القضاء ، لا ينشىء البطلان ، ولو كان نسبيا ، بل يقتصر على تقريره واثبات وجوده .

ومساواة نوعى البطلان ، فى أثرهما على التصرف ، تقتضى التسليم باتحادهما ، لا فى الطبيعة وحدها ، بل فى المدى أو الشدة أيضا ، فليس من المقبول أن نقول أن احد نوعى البطلان أكثر شدة من الآخر فى الوقت الذى تتحد فيه آثارهما ، وما وجه الشدة اذن أن لم تكن تتمثل فى آثار متميزة زائدة (١) ؟

ويلاحظ أن كثيرا من الفقهاء لا ينفى اتحاد نوعى البطلان فى الطبيعة ، وان وجد بعضهم أن هذه الوحدة لا تزيل تدرجا بينهما يجعل البطلان المطلق أكثر شدة من البطلان النسبى ، وان كان البعض الآخر يجد فى وحدة طبيعة البطلان فى الحالين أساسا لرفض أى تدرج بينهما (٢) ، وهو الرأى الذى نأخذ به .

واذا كانت كل أنواع البطلان تستوى فى اعدام آثار التصرف الموصوف بالبطلان ، فماذا يبقى من معنى النسبية للبطلان ، فى الاحوال التى يعتبر فيها كذلك ؟

الواقع أن معنى النسبية ينحصر عندئذ فى تحديد من يكون لهم الحق فى التمسك بهذا البطلان ، وقصر هذا الحق على من قصدت حمايتهم بتقرير البطلان « النسبى » ، على خلاف الحال فى البطلان المطلق ، حيث يكون حق التمسك بالبطلان لكل ذى مصلحة قانونية فى

---

(١) فالمفروض ان تساوى المعلول ينتج عن تساو فى العلة .

(٢) المراجع المشار اليها فى مؤلفنا السابق ، هامش ١ ، ٢ ص ٢٧٠ .

ذلك . ولكننا نعتقد أن الاطلاق والنسبية لا يمكن أن تناط بتحديد من يحق له التمسك بالبطلان ، بل يجب أن يكون مناطهما هو مدى أثر هذا البطلان على التصرف ولذا لا يجوز أن يكون البطلان النسبى « مطلق » الاثر فى منع وازالة آثار التصرف الباطل ثم يوصف مع ذلك بما يدل على أنه محصور الاثر (١) .

وقد استعمل القانون المدنى المصرى(٢) تعبير « القابلية للابطال » بدلا من تسمية البطلان النسبى ، فى الاشارة الى البطلان لعيوب الرضاء أو فقدان الاهلية ، ورغم أن هذا التعبير يصوغ قصد المشرع الظاهر فى الاعمال التحضيرية وفى نصوص المشروع التمهيدى للقانون المدنى الى الاخذ بتقسيم البطلان الى مطلق ونسبى ، فان تجنب التسمية الفقهية فى النصوص كان عملا موفقا من جانب المشرع ، تصبح معه نصوص القانون المصرى غير معارضة لما نذهب اليه من وحدة البطلان ، لان مصطلح « الابطال » لا يدل بذاته على اختلاف « فى الشدة » بينه وبين « البطلان » .

حقيقة الفرق بين صورتى البطلان :

البطلان ، باعتباره وصفا يلحق التصرف القانونى ، الذى تعيبه مخالفة قواعد القانون عند ابرامه فيكون غير صالح لانتاج ما يهدف اليه من آثار ، هذا البطلان نوع واحد ما دام أثره واحدا (٣) . ولكننا نسلم ، مع كل الفقه ، أن تقرير البطلان لا يتم فى جميع

---

(١) ولو كان مناط النسبية والاطلاق هو حصر من له التمسك به ، لما كان لسبب البطلان اى اعتبار فى اطلاق هذا الوصف ، اى لوصف البطلان بالنسبية ، ولو كان ناشئا عن احد اسباب البطلان المطلق .

(٢) والقانون الالمانى ، انظر جودميه ، دروس الالتزامات ص ١٨٨ و ص ١٨٩ .

(٣) ورغم ان البطلان بهذا المعنى يكون « مطلقا » فى جميع الاحوال ، فلا محل لوصفه بالاطلاق ، لان عموم الاطلاق لا يجعل محلا لوصفه به ، فهو مفهوم عنه دون حاجة الى وصف .

الاحوال وفقا لقواعد موحدة ، بل من الممكن أن نميز فيه بين صورتين تختص كل منهما بطائفة من حالات البطلان ، الاولى طائفة البطلان لعيب الرضاء (الارادة) والتى نحصر فيها ما يسميه الفقه (البطلان النسبى) والثانية : طائفة البطلان لعدم المشروعية (الذى نقصر عليه أحوال ما يسميه الفقه بطلانا مطلقا) • الا أن الخلاف فى قواعد تقرير البطلان فى كل منهما ، ليس الا خلافا ظاهريا لا يمتد الى طبيعة البطلان أو حتى شدته ، ليجعله فى احداهما مطلقا وفى الاخرى نسبيا •

وقد أشرنا فى كلامنا عن عيوب الارادة كأسباب للبطلان ، الى خصيصة تميز جميع هذه الاسباب ، هى توقف ظهور سبب البطلان على مشاركة من صاحب الارادة المعيبة ، ففى العيوب الثابتة يشترط أن يكون « الوهم » (فى الغلط) أو « فقدان الحرية » (فى الاكراه) هو الدافع الى الرضاء ، والاندفاع أمر ذاتى محض ، يظل عنصرا نفسيا فى ذهن صاحب الارادة المعيبة ، وغير معروف لاحد سواه ، وبذلك لا تمتد اليه أحكام القانون ، حتى يعبر هذا الشخص عن وجود هذا الاندفاع ، بافصاح عن ذلك ، يخرجه من الحال النفسية الى نطاق الظواهر التى يحكمها القانون • فاذا ما تحقق وجود الاندفاع فى نطاق القانون ، بهذا الافصاح ، صار البطلان معروفا بانكشاف سببه ، وكملت عناصره باعتباره وصفا يلحق الارادة المعيبة بالغلط أو الاكراه •

وكذلك الحال بالنسبة للعيوب المفترضة كالغبن أو فقدان الاهلية ، فصغر السن أو اختلال التعادل بين الالتزامات يقيم قرينة لمصلحة المغبون أو فاقد الاهلية ، على أن ارادته معيبة ، وهى قرينة يقتصر حق التمسك بها على من قررها القانون لمصلحته ، فاذا تمسك بها ، كان متمسكا بعيب فى ارادته يعفيه القانون من تحديده أو اثباته ، ولكنه يحتم أن يتمسك الشخص بالقرينة ليعتبر العيب قائما ، وبهذا التمسك يكشف عن سبب البطلان ، فيصبح هذا البطلان ظاهرا فى نطاق القانون •

وصاحب الرضاء المعيب فى كل الاحوال السابقة ، لا ينشىء حالا للتصرف ، لم تكن قائمة قبل الافصاح (أو الاعلان) الذى تكتمل به شروط سبب البطلان ، بل هو يكشف عن وجود هذا السبب منذ ابرام التصرف ، وبالتالى عن وجود البطلان منذ هذا الوقت (١) .

أما فى البطلان لعدم المشروعية (وقد جعلنا البطلان لتخلف شكل الانعقاد من صوره) ، فان مخالفة التصرف للقانون فيه ، تبدو ، على صورة ما ، خارجية أو ظاهرة بحيث تظهر عناصر البطلان دون حاجة الى أن يشارك شخص بافصاحه عن حال نفسية تؤثر على تقدير وجود البطلان أو عدم وجوده ، فالقاضى يستشف بنفسه عدم المشروعية أو المنافاة للنظام العام ، ويمكنه ، بل يجب عليه ، أن يجد عناصرها كاملة ، بجهده وحده ، ليقضى بالبطلان (حتى دون حاجة الى أن ينبهه أحد الى البطلان) ، فاذا عرض على القضاء نزاع حول تصرف غير مشروع ، فيستطيع القاضى أن يكشف بنفسه كل عناصر بطلانه ، لانها عناصر خارجية أو موضوعية لا يتوقف القول بتوافر أى منها على ضرورة تقريرها من شخص معين ، فيقضى به من تلقاء نفسه ، لان البطلان فى هذه الحال نتيجة تترتب على مخالفة قواعد قانونية آمرة لا يسمح القانون بمخالفتها (٢) ، ولان القاضى مكلف بالتزام

---

(١) ويمكن وصف البطلان لعيب الرضاء ، بانه بطلان مقنع . انظر سالى : التعبير عن الارادة فى مشروع القانون الالمانى ، ص ٢٤٥ . واعلان صاحب الارادة المعيبة عن وجود عيب رضائه كشف لهذا القناع ، فان لم يكشف البطلان ، فمعنى هذا انه لا يوجد اى عيب للرضاء اى لا يوجد اى سبب للبطلان ، ولا يستطيع القاضى ان يقرر خلاف ذلك لان اهم عناصر تقدير قيام هذا السبب فى يد صاحب الارادة .

(٢) ويلاحظ ان حتمية البطلان والصفة الامرة للقواعد التى تقرره ليست وقفا على البطلان لعدم المشروعية ، فالبطلان بسبب عيب الرضاء حتمى هو الاخر ، بمعنى أن القاضى يلتزم ان يقضى به ولا تقدير له فيه ، اذا تحقق لديه وجود البطلان ، ولكن تحقق وجود البطلان لعيب الارادة لا يكون الا عن طريق افصاح صاحب الرضاء المعيب عن اندفاعه الى التصرف بتأثير العيب ، وبغير هذا الاعلان يستحيل على القاضى ان يعرف البطلان ، لانه يكون خارج نطاق احكام القانون .

حكم القانون والزام المتعاملين بأحكامه المقررة للمصلحة العامة •

ولكن ظهور عناصر البطلان . ظهورا موضوعيا ، وعدم الحاجة الى مشاركة من جانب شخص من الاشخاص لاظهار هذا البطلان ، لا يعنى أن هذا البطلان يكون أشد من ذلك الذى تلزم لظهوره هذه المشاركة ، ما دامت نتائج البطلان فى الحالتين واحدة ، وهذا هو أساس ما نقول به من أن اختلاف صورتى تقرير البطلان ، لا يؤثر على وحدته فى جميع الاحوال •

واذا أردنا أن نضيف الى البطلان وصفا يشعر بالخلاف بين صورتى تقريره ، فان وصفى مطلق ونسبى لا يصلحان لذلك ، لانهما لا يقتصران على الاشارة الى الخلاف فى طريقة تقرير البطلان ، بل يوحيان بالاختلاف فى الطبيعة بين نوعين من البطلان • وانما يمكن أن يعين البطلان فى كل من صورتيه ، باضافة سبب البطلان اليه ، فيكون هناك بطلان لعيب الارادة وبطلان لعدم المشروعية ، ويمكن أن يسمى البطلان فى الصورة الاولى قابلية للبطلان ، وفى الثانية « البطلان » ، كما هى الحال فى نصوص القانون المدنى المصرى ، دون أن يكون خلاف التسمية مظهرا لاى خلاف فى الطبيعة أو فى الشدة بين البطلان فى الصورتين •

ونرى فيما يلى ، قواعد تقرير البطلان ، فى كل من صورتيه ، وكذا آثار البطلان وأحكامه ، وسنجد فى بعض هذه القواعد أيضا ، شواهد على وحدة البطلان •

٥٥ ــ قواعد تقرير البطلان :

يتضمن كلامنا عن تقرير البطلان ، الكلام عن لزوم الدعوى به ، وعن حق التمسك بالبطلان ، وعن سقوط هذا الحق ، فى كل من صورتيه :

١ ــ لزوم الدعوى بالبطلان :

يميز الفقه التقليدى بين أنواع البطلان ، من حيث لزوم الدعوى لتقريره بحكم القضاء ، فلا يجد ضرورة لرفع الدعوى لتقرير ما كان

يسميه « الانعدام » كصورة البطلان ، كما أن أغلبه يرى أن البطلان المطلق لا يحتاج هو الآخر الى تقريره بحكم القضاء ، ويرى أن مثل هذا البطلان حقيقة واقعة لا يلزم ، لترتيب أثرها ، الالتجاء الى القضاء ، كما يلزم ذلك فى حال البطلان النسبى . أما الفقه الحديث الذى يأخذ بتقسيم البطلان الى نوعين فقط هما البطلان المطلق والبطلان النسبى ، فان أغلبه يسير على لزوم الالتجاء الى القضاء للحصول على حكم بالبطلان ، سواء أكان نسبيا أم مطلقا ، رافضا أن يكون هناك بطلان بقوة القانون .

ويبرر الفقه الحديث لزوم الدعوى لتقرير البطلان المطلق ، وعدم اقتصار هذا اللزوم على البطلان النسبى ، بمبدأ عدم جواز الاقتصاص للنفس ، الذى يسود فى القوانين الحديثة (١) ؛ أو ضرورة نفى المظهر المستمد من التعبير عن الارادة (٢) .

وقد قربنا فيما سبق ، بين البطلان النسبى والبطلان المطلق ، لنجعلهما نوعا واحدا . والقول باتفاقهما فى ضرورة رفع الدعوى لتقرير كل منهما يؤيد هذه الوحدة ، ولذا نأخذ برأى الفقه الحديث فى لزوم الدعوى فى كل حال (٣) . والواقع أن الحاجة الى تقرير البطلان بحكم القضاء ، بالنسبة لكل صوره ، حاجة من طبيعة واحدة ، فليست الحاجة اليها فى البطلان النسبى حاجة قانونية وفى البطلان المطلق حاجة عملية ، كما يقول الفقه ، كما أن سلطة القاضى حيال البطلان فى كل الاحوال واحدة ، فهو لا ينشئ البطلان بحكمه ان كان نسبيا ، ويقتصر

---

(١) بلانيول وريبير وبولانجيه ، جـ ٢ ، فقرة ٨٠٣ .

(٢) جودميه ، دروس الالتزامات ، ص ١٤٧ ، أو نفى ما يدل عليه السند ، انظر كوهندي ، مقالته عن فائدة التفرقة بين الانعدام والبطلان المطلق ، المجلة الفصلية سنة ١٩١٤ ص ٤٠ .

(٣) انظر مبررات اخرى للزوم دعوى البطلان فى جميع الاحوال ، فى مؤلفنا عن البطلان ، هامش ٤ ص ٣٨٧ و ص ٣٨٩ .

على مجرد اثبات وجوده ان كان مطلقا . بل هو يقرر ، فى جميع الاحوال ، بطلانا يقوم منذ وجد التصرف . ويرتب عليه ، فى جميع الاحوال أيضا ، أثرا واحدا ، هو عدم نفاذ التصرف الباطل .

ولزوم الدعوى بالبطلان بعد تنفيذ التصرف الباطل ، كوسيلة لتغيير المراكز الواقعية الناشئة عن هذا التنفيذ ، واضح لاول وهلة ، ولزومها قبل أى تنفيذ للتصرف ، ليس فى اعتقادنا أقل وضوحا ، كوسيلة لمنع المطالبة بالتنفيذ (١) ، وان كان التمسك بالبطلان فى مثل هذه الحال يتم عادة ، بدفع المطالبة بتنفيذ التصرف الباطل ، ببطلان هذا التصرف ، (أى عن طريق الدفع لا الدعوى) .

والقانون المدنى المصرى اذ يتكلم عن دعوى البطلان (المطلق) فى المادة ١٤١ /٢ ، انما يأخذ بما استقر عليه الفقه الحديث من ضرورة دعوى البطلان فى جميع الاحوال ، فهو من هذه الناحية لا يفرق بين أنواع البطلان .

٢ — من يحق له التمسك بالبطلان :

يفرق الفقه فى بيان من يحق له التمسك بالبطلان ، بين البطلان المطلق والبطلان النسبى .

فيقال عادة أن التمسك بالبطلان المطلق حق لكل ذى مصلحة قانونية فى تقريره ، فيتمسك به كل من طرفى المعاملة التى يدخل فيها التصرف الباطل (العقد) وكذا خلفهما (العام والخاص) ودائنوهما . والمقصود بالمصلحة هو كل حق يتأثر بصحة التصرف أو بطلانه . وتوافر المصلحة القانونية شرط لرفع أى دعوى أمام القضاء ، واشتراط هذه المصلحة فى رفع دعوى البطلان لا يجعل التمسك به لاى

---

(١) أى يجوز رفع دعوى البطلان وقائيا Preventivement
انظر بلانيول وريبير واسمان جـ ٦ فقرة ٢٩٧ .

شخص (١) ، اذا لم تتوافر له الا منفعة لا ترقى الى مرتبة الحق . بل لابد من توافر المصلحة القانونية ، فلا يجوز لجار مشترى عقار « بعقد » باطل أن يتمسك بالبطلان ليتخلص من جواره ، ولا لصاحب محل تجارى أن يتمسك ببطلان « عقد » انشاء شركة منافسة له ليتخلص من منافستها ، لان كلا منهما لا يستند فى طلب البطلان الى حق ، أى مصلحة قانونية (٢) .

وللمحكمة التى يعرض عليها نزاع متعلق بتصرف باطل بطلانا مطلقا ، أن تقضى ببطلان هذا التصرف من تلقاء نفسها ، أى دون أن يتمسك به أى من طرفى الخصومة .

وتنص على الاحكام السابقة ، فى القانون المصرى ، المادة ١/١٤١ مدنى التى تقضى بأنه « اذا كان العقد باطلا جاز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ... » .

أما البطلان النسبى : فيقال أن التمسك به مقصور على الشخص الذى تقرر البطلان لحمايته ، فاذا كان التصرف الباطل بطلانا نسبيا يدخل فى تكوين عقد ، كان من حق الطرف الذى يقوم البطلان لمصلحته وحده ، دون الطرف الآخر ، حق التمسك بهذا البطلان ، وتحليل هذه الصيغة فى تحديد من له حق التمسك بالبطلان المسمى نسبيا ، يظهر أنها لا تختلف فى الحقيقة عن الصيغة المستعملة فى تحديد من لهم حق التمسك بالبطلان المسمى مطلقا ، فالبطلان النسبى يتمسك به الشخص

---

(١) انظر R. De Gouttes. ، مقالته السابقة حيث يعترض على القول بان البطلان المطلق يتمسك به كل الناس tout le monde

(٢) وتنشأ للغير الاجنبى عن (العقد) مصلحة فى التمسك بالبطلان ، اذا اريد الاحتجاج به عليه ، فالمشترى المشفوع منه ، يستطيع أن يتمسك ببطلان سند ملكية الشفيع ، بطلانا مطلقا ، ليتخلص من مطالبته بالشفعة ، انظر اسماعيل غانم ، فقرة ١٣٠ .

الذى قصدت حمايته بتقريره ، وحده، لأن القانون يحصر فيه ، وحده، المصلحة القانونية فى التمسك بهذا البطلان (١) .

وهذا يسمح لنا أن نصوغ من عبارات الفقه قاعدة واحدة لتحديد من لهم التمسك بالبطلان ، سواء أكان نسبيا أم مطلقا ، هى أن التمسك بالبطلان فى أى حال ، مناطه توافر مصلحة قانونية تبرر طلب تقريره من القضاء .

ولكن الواقع أن هذه الصيغة ان صلحت فى تحديد من لهم التمسك بالبطلان لعدم المشروعية فهى غير كافية لتبرير حصر البطلان لعيوب الرضاء (الثابتة أو المفترضة) فى شخص واحد ، ذلك أن تطبيقها على هذه الصورة من البطلان مبنى على افتراض أن القانون حصر المصلحة فى الشخص صاحب الرضاء المعيب ، وهو افتراض يبدو متعارضا مع الواقع ، لأن تشعب المصالح حول التصرف القانونى ، يقع على صورة واحدة سواء أكان هذا التصرف صحيحا أم كان باطلا لعدم المشروعية أو باطلا بسبب عيب فى الارادة .

كما أن هذه الصيغة لا تفسر ، أيضا ، قصر حق القضاء على تقرير البطلان من تلقاء نفسه ، على أحوال البطلان لعدم المشروعية دون أحوال البطلان لعيب الرضاء .

وقد حللنا البطلان لعيب فى الرضاء على أنه بطلان « مكنون » لا يخرج الى نطاق القانون الا مع افصاح من صاحب الارادة المعيبة عن وجود هذا العيب ، بالكشف عن عنصر نفسى خالص فى عيوب الارادة كلها ، هو الاندفاع الى التصرف بتأثير الغلط أو الاكراه ، وقبل هذا

---

(٣) اى ان التمسك بالبطلان النسبى حق لكل ذى مصلحة فيه ، ولكن صاحب المصلحة شخص واحد ، هو من يقرر القانون البطلان حماية لـه .

الافصاح لا يمكن لاحد أن يعرف بوجود العيب ، وبالتالى بوجـود البطلان (على الاقل فى العيوب الثابتة ، الغلط والاكراه) .

ويبدو من ذلك أن حصر طلب البطلان فى صاحب الرضاء المعيب ليس قائما على استلزام مصلحة قانونية للطعن بالبطلان ، وانمـا يرتبط بتكميل عناصر سبب البطلان، التى لا تظهر فى نطاق القانون الا بوساطة شخص بعينه دون سواه . ويترتب على ذلك أنه يجب ألا تطبق فى حالة البطلان لعيب الرضاء بالغلط أو الاكراه ، قواعد التمسك بالبطلان القائمة على البحث عن المصلحة القانونية فى التمسك به ، والتى تؤدى الى القول بأن صاحب الرضاء المعيب يتمسك بالبطلان بسبب عيب رضائه وكذا يتمسك به خلفه العام وخلفه الخاص (١) ، بل يجب فى تحديد من له التمسك بهذا البطلان ، الاخذ بالحكم الذى تقتضيه حقيقة العلة فى قصر حق الابطال على شخص معين ، وهى أن هذا الشخص يكشف سبب البطلان الذى ما كان يمكن أن يعرف بغير تدخله ، ولذا يجب أن يقتصر عليه وحده حق التمسك بالبطلان ، دون الخلف الخاص أو الدائنين أو غيرهم .

أما فى الحالات التى لا تظهر فيها الصفة الشخصية البحـت لوسيلة اظهار العنصر المجهول من عناصر عيب الرضاء ، كما فى حال الغبن أو فقدان الاهلية ، وهى الحالات التى يفترض فيها عيب الارادة بسبب الغبن أو فقدان الاهلية ، فان اظهار العيب المفترض يتحقق بمجرد التمسك بالعلامات الظاهرة التى أقام القانون منها قرينة على عيب الرضاء (الغبن أو صغر السن أو الحجر بسبب العاهة العقلية أو الجسمية) . ومن المتصور لذلك ، أن يمنح حق التمسك بهذه القرينة

---

(١) انظر فى حق الخلف الخاص فى التمسك بالبطـلان النسبى ، اسماعيل غانم ، فقرة ١٣٥ ، بل يذهب بعض الفقه الى قيام حق دائن صاحب الارادة المعيبة فى التمسك بالبطلان النسبى ، انظر المراجع المشار اليها فى مؤلفنا عن البطلان ، هامش ١ ص ٣٨٢ .

لغير صاحب الارادة التى يفترض عيبها ، بل يعد ذلك لازما بالنسبة لمن يقوم مقام فاقد الاهلية من ولى أو وصى أو قيم • ولكن مع ذلك يجب أن تراعى دائما الصفة الذاتية البحت للعيب المسبب للبطلان ، والا نخرج على مقتضاها الا فى حدود الضرورات القانونية (١) •

على أن من الممكن أيضا أن يباح حلول الورثة محل مورثهم فى التمسك بالبطلان لعيب الرضاء سواء أكان العيب ثابتا أو مفترضا ، أخذا بالاعتبار التقليدى فى جعل الوارث امتدادا لشخص المورث ، وان كان اكمال العنصر الناقص فى عيب الارادة ، باثبات الاندفاع الى قبول التصرف بتأثير الغلط أو الاكراه ، سيكون من الصعوبة الى حد كبير ، لانه اثبات لحال نفسية للمورث ليس من اليسير تقديم الدليل عليها •

وخلاصة ما سبق ، أن تقرير البطلان بسبب عيب الارادة ، لا يكون الا بناء على تمسك صاحب الارادة المعيبة وحده ، به ، أو النائب القانونى لفاقد الاهلية وكذا بناء على تمسك ورثة صاحب الرضاء المعيب ، بالنسبة لكل العيوب ، فاذا ما تقرر البطلان بالحكم به ، انكشفت مخالفة التصرف للقانون ، وكان لكل من يضار منها أن يستفيد من تقرير البطلان (٢) •

---

(١) ولا تقضى هذه الضرورات بأن يتمسك الدائنون بالبطلان النسبى ، ولو كان بسبب الغبن ، ما دام من حقهم استعمال الدعوى البولصية ، انظر فى قصر حق طلب البطلان للتدليس على المدلس عليه وحده ، تيسييه تعليق فى سيرية ١٩٠٩ — ٢ — ٣١٣ •

(٢) انظر Cancino ، مؤلفه عن البطلان ، ص ١٢٣ و ص ١٢٤ . والتمسك بالبطلان النسبى لابد ان يكون امام القضاء . وقد رفض الشارع المصرى الاخذ بالبطلان عن طريق الاعلان ممن يتقرر البطلان لحمايته ، كما هى الحال فى القانونين الالمانى والسويسرى ، انظر مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ٢ ص ٢٣٨ وما بعدها .

وحاجة البطلان « النسبى » الى هذه المشاركة من أحد الافراد ، بالافصاح عن وجود سببه الذى لا يستطيع القاضى أن يعلم به بغير هذا الانفصاح ، هى التى تجعل القاضى غير قادر على النطق بالبطلان « النسبى » من تلقاء نفسه فى هذه الصورة كما هى الحال فى البطلان لعدم المشروعية الذى يبدو سببه فى المعطيات الموضـــوعية للنزاع المعروض على القاضى •

ولكن هذا الخلاف بين البطـــلان لعيب الرضاء والبطلان لعدم المشروعية ليس الا خلافا فى طريقة ظهور كل منهما أى هو خلاف فى سبب البطلان ، لا يعكس أى خلاف فى الطبيعة بينهما ، ولا يحمل على الشك فى وحدة البطلان •

٣ ـ سقوط الحق فى التمسك بالبطلان :

اذا سقط حق التمسك بالبطلان ، وتعذر رفع الدعوى به ، بحكم القانون ، بقيت آثار التصرف كما لو كان صحيحا ، رغم أنه نشأ باطلا ، بسبب انعدام وسيلة تقريره بحكم القضاء • وأسباب سقوط حق التمسك بالبطلان ، كما يرى الفقه ، هى التقادم والاجازة • وقد كان الفقه التقليدى الفرنسى لا يرى فى التقادم سببا لانقضاء البطلان فى حالى الانعدام والبطلان المطلق ، نتيجة لمـــا كان يذهب اليه من عدم وجود دعوى بهما ، ولكننا رأينا أن الفقه الحديث فى شبه اجماع على لزوم الدعوى فى كل أحوال البطلان ، وقد أخذنا معه بهذا الرأى ، كما أن القانون المدنى المصرى يقرر لزوم الدعوى لتقرير البطـــلان المطلق لزومها لتقرير البطلان النسبى ، ولذا فالتقادم سبب عام لانقضاء دعوى البطلان مهما كان نوعه ، أما الاجازة فالاغلبية العظمى من الفقه الحديث ، مع الفقه التقليدى ، على اعتبارها سببا خاصا « لانقضاء »

حق طلب البطلان النسبى [1] • وقبول هذا البطلان للاجازة من الاحكام التى تميزه عن البطلان المطلق •

ونحن نتفق مع كل الفقه فى قصر تطبيق الاجازة على البطلان لعيب الرضاء (وهو البطلان النسبى بتعبير الفقه) ، ونتكلم فيما يلى عنها وعن صورها قبل أن نتكلم عن التقادم كسبب عام لسقوط حق طلب البطلان بكل صوره •

(ا) الاجـــازة :

الاجازة فى تعريف الفقه ، تعبير عن الارادة ، يعلن به شخص تتوافر لمصلحته شروط التمسك ببطلان تصرفه بسبب عيب لحق ارادته؛ أنه لا ينوى التمسك بهذا البطلان ، أى يسقط حقه فى التمسك بهـذا العيب كسبب لبطلان تصرفه •

وقد نصت عليها المـادة ١٣٩ من القانون المدنى المصرى التى تقضى فى فقرتها الاولى بأن حق ابطال العقد يزول بالاجازة الصريحة أو الضمنية ، وهـذا النص يتكلم عن زوال حق الابطـال ، أى حق

---

(١) ولكننا لا نعتبر الاجازة سببا لانقضـاء الدعوى بالبطلان ، لان لانقضاء يفترض قيام الدعوى ثم سقوطها ، ونحن نعتقد ان الاجازة تمنع قيام دعوى البطلان ، لانها سيلة لمنع ظهور سبب البطلان فى نطاق القانون ، وقد تبين لنا من قبل ان البطـلان بسبب عيوب الارادة لا تكتمل عنـاصره بغير افصاح صاحب الارادة المعيبة عن وجود العيب . فاذا قام ليجيز تصرفه فهذا يعنى انه ينفى ما قد يظن من وجود عيب فى الرضاء اى ينفى أن يكون هناك بطلان ، فهو لا يسقط دعوى بالبطلان قامت قبل ذلك ، وانما ينفى شبهة بطلان لم يتأكد .

وهذا يعنى اننا ان أردنا الكلام عن سقوط دعوى البطـلان ، فلا نجد الا سببا واحدا هو التقادم .

ويلاحظ أن بعض الفقه ، يذهب الى امكان اجازة بعض صور البطلان المطلق ، انظر مثلا اوبرى ورو ج ٤ فقرة ٣٣٧ وهامش ٩ والمراجع المشار اليها فى مؤلفنا عن البطلان ، ص ٣٨٥ هامش ١ .

التمسك بما يسمى فى الفقه البطلان النسبى • وقد نص الشارع على عدم زوال الحق فى طلب البطلان « المطلق » ، بالاجازة ، فى المادة ١٤١ من القانون المدنى •

والاجازة الصريحة يقصد بها التعبير الصريح عن عدم الرغبة فى التمسك بالبطلان الناشىء عن عيب الرضاء ، أما الاجازة الضمنية ، فتؤخذ من أفعال تفيد انصراف الشخص عن التمسك بالبطلان ، كما لو تصرف فيما اكتسب ملكيته ببيع قابل للابطال لمصلحته ، وهو عالم بسبب البطلان ، بعد أن انكشف غلطه أو ارتفع الاكراه الذى يكون قد تعرض له ، لحمله على الشراء أو بعد أن اكتملت أهليته أو رفع عنه الحجر •

وحتى تكون الاجازة منتجة لاثرها فى اسقاط حق التمسك بالابطال ، يجب أن تكون تعبيرا عن ارادة سليمة غير مشوبة بنفس عيب التصرف المراد اجازته ، أو بعيب آخر ، وأن يكون المجيز على بينه من العيب الذى ينزل عن حق التمسك به ، فلا تصح الاجازة من فاقد الاهلية قبل بلوغه سن الرشد ولا تؤتى أثرها ان صدرت عن غلط ، أو عبر الشخص عنها تحت تأثير الاكراه ، أو تحت تأثير الطيش البين أو الهوى الجامح الذى دفعه الى قبول الغبن فى التصرف المراد اجازته •

والفقه يقول ان الاجازة نزول عن دعوى البطلان التى يحق للمجيز رفعها (١) ، ولكننا نعتقد أن الاجازة وسيلة لمنع نشوء دعوى البطلان ، أى وضع حائل دون نشوء هذه الدعوى ، وليس أثرها اسقاط دعوى قائمة ، ذلك أننا نرى أن البطلان لعيب الارادة (البطلان النسبى) يقوم على سبب لا تكتمل عناصره الا بافصاح من صاحب

---

(١) ويستند هذا الرأى فى الفقه الفرنسى الى نص المادة ١٣٣٨ مدنى ، التى تعتبر الاجازة نزولا عن الوسائل والدفوع التى توجه الى التصرف •

الارادة المعيبة ، يؤكد توافر شرط الاندفاع الى التصرف بتأثير العيب (كما يؤكد افتراض هذا الاندفاع فى العيوب المفترضة) ، وأنه بغير انضمام العنصر الذى يؤخذ من هذا الافصاح ، يظل البطلان غير معروف فى النطاق القانونى ، فلا يترتب أى أثر من آثاره • وهذا الافصاح عن اكتمال عناصر العيب المبطل ، لا يفيد أثره فى اظهار البطلان الا اذا وقع أمام القضاء ، وظل الشخص متمسكا به حتى صدور حكم القضاء بالبطلان ، فاذا رجع من يدعى عيب ارادته عن ادعائه (ومن حقه أن يرجع قبل تقرير البطلان بحكم القضاء) ، كان معنى هذا أنه رأى أن التصرف صحيح لا مطعن عليه ، وأنه لا يوجد سبب حقيقى للبطلان ، وبالتالى لم تنشأ دعوى به •

والمفروض أن الاجازة تأتى سابقة لحكم يقرر البطلان (بعد تمسك صاحب الارادة المعيبة به) ، أى تجىء قبل ظهور البطلان فى نطاق القانون ظهورا ثابتا ونهائيا ؛ ولذلك فمعناها لابد أن يكون نفى وقوع عيب فى ارادة المجيز وبالتالى عدم وجود أى بطلان ، فالاجازة انكار لوجود سبب البطلان ، ولا يمكن اعتبارها نزولا عن دعوى البطلان لان هذه الدعوى لا تكون قد ولدت وقت الاجازة (١) •

أثر الاجازة :

يترتب على الاجازة زوال حق المجيز فى التمسك بالعيب المبطل للتصرف ، والذى انصرف قصد المجيز الى النزول عن حق التمسك به (٢) •

---

(١) وقد تصاغ الاجازة فى صورة نزول عن رفع الدعوى بالبطلان ، ولكن مثل هذه الصيغة يجب أن تفهم على انها تعبير عن انكار ما يظن من وجود عيب فى الارادة هو سبب البطلان .

ولا يتعارض هذا التحليل لمعنى الاجازة مع امكان صدورها صريحة أو ضمنية ، كما انه لا يتعارض مع اشتراط صدورها مع علم كاف بظروف التصرف الذى يراد تصحيحه ، وممن له ارادة سليمة قادرة على النزول عن التمسك بالابطال ، بل انه لا يتعارض مع تعريفها بانها نزول عن حق التمسك بالبطلان دون أن يعنى هذا انها اسقاط لدعوى قائمة .

(٢) وفقا لمبدا خصوصية الاجازة الذى يعنى اقتصارها على العيب الذى أنكر وجوده ، وحده ، بلانيول وريبير واسمان ، ج ٦ فقرة ٣٠٩ .

وتنص المادة ١٣٩ /٢ مدنى مصرى على أن الاجازة تستند الى التاريخ الذى تم فيه العقد دون اخلال بحقوق الغير • وهذا النص يقرر ما يسمى بالاثر الرجعى للاجازة ، أى تصحيحها التصرف منذ ابرامه ، لا منذ النزول عن حق التمسك بعيبه ، بالاجازة • ولكن فكرة الاثر الرجعى هذه تبدو غريبة على معنى الاجازة ، فالكلام عن الاثر الرجعى قد يوحى بأن أثر الاجازة يصور على أنه تصحيح التصرف من وقت حدوثها ، مع أن الاجازة لا تأتى بحال جديدة للتصرف ، وانما هى تؤكد حالته القائمة ، أى يقتصر أثرها على بيان أن صحته القائمة يجب ألا تكون موضع شك ، مما يعنى أن يكون التصرف المجاز ، فى نفاذه وفى ترتيب آثاره ، كأى تصرف لم يقم أى شك فى صحته منذ البداية (١) •

ويترتب على اعتبار الاجازة تأكيدا لصحة التصرف منذ ابرامه ، أن آثار هذا التصرف المجاز ، ومنذ ابرامه ، هى التى تحدد حقوق المتصرف الذى كان له الحق فى أن يختار الابطال بدلا من الاجازة ، وكذا حقوق خلفه ودائنيه • ولكن المادة ٢/١٣٩ تقضى فى نهايتها بأن الاجازة ، رغم أثرها الرجعى ، لا تضر بالغير • وهذا النص مأخوذ من نص المادة ١٣٣٨ فرنسى ، وقد حدد الفقه الفرنسى هذا الغير بأنه الخلف الخاص لصاحب الحق فى طلب البطلان ، بالنسبة للحقوق الناشئة عن التصرف ، والتى انتقلت الى الخلف الخاص قبل الاجازة ، كما فسر عدم الاضرار بهذا الخلف الخاص بأنه عدم سريان أثر الاجازة على الخلف الخاص ان تعارضت مع حقوقه ، وضرب لذلك مثلا أن يبيع قاصر حقا من حقوقه ثم يبيعه مرة أخرى بعد بلوغه سن الرشد الى

---

(١) انظر مؤلفنا السابق ، ص ٣٨٨ ، ويرى اسماعيل غانم ان الكلام عن الاثر الرجعى للاجازة يتعارض مع ما يأخذ به القانون المصرى من اعتبار العقد الباطل نسبيا صحيحا حتى يتقرر ابطاله ، فقرة ١٣٨ .

شخص آخر ، ثم يجيز البيع الاول ، فقد قال الفقه ان الاجازة ، فى تصحيحها البيع الاول ، لا تسرى على المشترى الثانى (١) •

وقد اختلف الفقه فى تعليل عدم سريان آثار الاجازة فى هذه الحال ، فقد رآه البعض قائما على فكرة حوالة « القاصر السابق » حق الطعن بالبطلان الى الخلف الخاص الذى نشأ حقه بالتصرف الثانى ، أو نزولا له عن هذا الحق ، وذلك على أساس أن الطعن بالبطلان فى التصرف الاول يعتبر تابعا طبيعيا للحق الذى يكسبه الخلف بالتصرف الثانى ، والذى يرد عليه التصرف الاول الباطل • وفضل البعض الآخر اقامة حق المتصرف اليه الثانى فى التمسك ببطلان التصرف الاول ، على أن المجيز يخل ، بالاجازة ، بضمانه حق المتصرف اليه الثانى ، مما يوجب عليه أن يتمسك ببطلان التصرف الاول لا أن يجيزه • ولكن كلا الرأيين لم يسلم من الاعتراض عليه ، ولذا ذهب البعض الآخر الى أن المتصرف اليه الثانى يتمسك ببطلان التصرف الاول بمقتضى حق خاص به فى التمسك بالبطلان ، قرره له القانون بالنص (٢) •

وهذا التبرير الاخير لعدم اعتداد الخلف الخاص بالاجازة الصادرة اضرارا بحقوقه ، هو التبرير الذى يمكن قبوله ، على افتراض أن النصوص (المادة ١٣٣٨ فرنسى والمادة ١٣٩ مصرى) تقرر عدم سريان الاجازة على هذا الخلف • ولكن عدم سريان الاجازة فى هذه الحال يتعارض مع معنى الاجازة باعتبارها تسليما بصحة التصرف المجاز منذ البداية ، كما أن صياغة النص ، فى القانون الفرنسى أو القانون المصرى ، لا تفرض هذا المعنى المحدد لعدم الاضرار بالغير ،

---

(١) فاذا كان التصرف الثانى رهنا مثلا ، لم تمنع الاجازة من بقاء الرهن على العقار المبيع •

(٢) انظر عرض الاراء المختلفة وحججها والاعتراضات عليها فى مؤلفنا السابق ، ص ٣٨٨ — ٣٨٩ •

أى عدم سريان الاجازة عليه ، ومن الممكن أن نفسره على أنه يقصد الى تقرير حق الخلف فى الحصول على تعويض ما يلحقه من ضــرر بالاجازة (١) وفقا للقواعد العامة فى التعويض •

وهذا المعنى فى تحقيق حماية مصالح الغير عن طريق التعويض ، هو الذى يتفق مع اعتبار الاجازة انكارا لعيب التصرف وتأكيدا لصحته الظاهرة منذ البداية ، فضلا عن كفايته فى تحقيق حماية المتصرف اليه الثانى من سلوك المجيز ، ولذا فهو الحكم الذى نفضله •

الاجـــازة المفترضـــة :

تنص المـــادة ١٤٠ من القانون المدنى على ما يأتى :

١ — يسقط الحق فى ابطال العقد اذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات •

٢ — ويبدأ سريان هذه المدة فى حال نقص الاهلية من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب ، وفى حالة الغلط أو التدليس ، من اليوم الذى ينكشف فيه ، وفى حالة الاكراه من يوم انقطاعه ، وفى كل حال لا يجوز التمسك بحق الابطال لغلط أو لتدليس أو اكراه اذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد •

ومن هذا النص يتبين أن القانون يجعل سكوت صاحب الحق فى التمسك بالبطلان النسبى ، أو وفقا لتعبيرنا ، البطلان لعيب الارادة ، مدة معينة ، هى ثلاث سنوات ، ومن وقت اكتمال الاهلية (ببلوغ

---

(٢) والقانون الالمـــانى رغم حرصه ، كطابع عام ، على استقــرار المعاملات ، لم ينص على عدم اضرار الاجازة بالغير ، انظر ســـالى ، التعبير عن الارادة ، ص ٤٠٥ ، كما أن بوتييه ذهب الى اطلاق أثر الاجازة ولم يقيد هذا الاثر بحماية الغير على الصورة التي قال بها الفقه الفرنسى والتى انتقلت الى القانون المصرى ، وانظر شفيق شحاته ، الالتزامات بالفرنسية ، فقرة ١٠٠ .

السن أو رفع الحجر مثلا) أو انكشاف الغلط أو انقطاع الاكراه ، يجعل هذا السكوت ، مع قدرة صاحبه على الاجازة ، أساسا لافتراض وقوع هذه الاجازة منه ، فيفقد حقه فى طلب ابطال تصرفه ، على أساس ما يمكن اعتباره فى هذه الحال اجازة ضمنية أو على الاصح اجازة مفترضة (١) ، وأغلب الفقه الفرنسى على تفسير حكم المادة ١٣٠٤ مدنى فرنسى ، المشابه لحكم المادة ١٤٠ مدنى مصرى ، بأنه يقيم السقوط على الاجازة المفترضة ، ونص القانون المصرى لا يعارض هذا التفسير ، بل هو مأخوذ عن نصوص قوانين تعتبر فكرة الاجازة أساس سقوط حق التمسك بالبطلان (٢) .

وسقوط حق التمسك بالابطال ، لمرور المدة التى تنص عليها المادة ١٤٠ ، أى المبنى على فكرة الاجازة المفترضة ، يؤدى الى سقوط حق التمسك بالابطال ، بأية وسيلة من وسائل هذا التمسك ، أى يمنع التمسك به برفع الدعوى لتقريره ، كما يمنع التمسك به عن طريق دفع المطالبة بتنفيذ هذا التصرف ، اذا قدمت هذه المطالبة بعد انقضاء

---

(١) وافتراض الاجازة من مرور المدة بدءا من الوقت المشار اليه فى النص ، هو افتراض بقرينة لا تقبل اثبات عكسها .

(٢) المادة ٣١ من قانون الالتزامات السويسرى ، التى تصرح باعتبار فكرة الاجازة اساس هذا السقوط ، وانظر سالى ، التعبير عن الارادة ص ٧٧ ، فى تفسير حكم المادة ١٢٤ مدنى المانى بانه قرينة على النزول عن البطلان . وانظر فى رفض هذه الفكرة كأساس للتقادم الخاص للبطلان « النسبى » اسماعيل غانم ، هامش ١ ص ٢٨٨ .

ورغم تأسيس سقوط الحق فى طلب « الابطال » على الاجازة المفترضة ، فان الفقه لا يطبق عليها احكام الاجازة العادية ، من حيث تقييد اثرها الرجعى بقصد حماية الغير ، فلا يقيد اثر الاجازة هنا بما تنص عليه المادة ٢/١٣٩ فى نهايتها من عدم الاضرار بحقوق الغير ، بمعنى عدم سريان الاجازة على الخلف الخاص . وقد اشرنا من قبل الى امكان تفسير هذا النص على انه يقرر للخلف حقا فى التعويض ، وبهذا التفسير يمكن ان يطبق حكم المادة ٢/١٣٩ على حال الاجازة المفترضة ، فيحمل من له حق التمسك بالبطلان بتعويض المتصرف اليه الثانى ، ان قعد عن التمسك بحقه فى الابطال .

المدة السابقة • وهذا الحكم يخالف المأخوذ به لدى أغلب الفقه بالنسبة للبطلان (المطلق) ، حيث لا يؤدى سقوط دعواه بالتقادم ، الى سقوط الدفع به بل يظل الحق فى ابداء الدفع بالبطلان المطلق قائما ، مهما مر من زمن على ابرام التصرف ، كما نرى فى الكلام عن التقادم •

ويلاحظ أن سقوط حق التمسك بالابطال ، المبنى على افتراض الاجازة ، يعمل فى اطار مدة تقادم حقيقى ، يبنى سقوط الحق فيه على تحقيق استقرار الاوضاع الواقعية ، هى ١٥ عاما من وقت ابرام التصرف ، فيسقط حق التمسك بالابطال بمرور هذه المدة ، ولو كانت المدة القصيرة التى يبدأ حسابها من تاريخ اكتمال الاهلية أو انكشاف الغلط أو ارتفاع الاكراه ، لم تكتمل بعد (١) •

ويمكن أن نبدى على نص المادة ١٤٠ ، ملاحظتين :

الاولى : أنه لم يذكر انطباق مدة التقادم الطويل (١٥ سنة) ، على حال البطلان بسبب فقدان الاهلية ، بل اقتصر على النص على سقوط حق الابطال بمضى ٣ سنوات، من اكتمال الاهلية ، ونحن نعتقد أن هذا الاغفال كان سهوا ، لا يمنع من انطباق نفس الحكم عليها(٢) •

الثانية أنه لم يذكر مدة سقوط حق الابطال بسبب الغبن (الاستغلال) لان هذه المدة محددة فى نص المادة ١٢٩ مدنى ، وهى سنة من تاريخ التصرف وهى كما سبق أن أشرنا مدة سقوط لا تقبل الوقف أو الانقطاع (٣) •

---

(١) ويكون سقوط الحق فى التمسك بالابطال بهذه المدة الطويلة ، شاملا ايضا لصورتى الدعوى والدفع ، أنظر اسماعيل غانم ، فقرة ١٣٩ .

(٢) ويرى البعض انطباق تقادم الخمسة عشر عاما فى هذه الحال ، قياسا على تقادم البطلان المطلق ، اى باعتباره مسقطا للدعوى دون الدفع ، المرجع السابق ، نفس الموضع .

(٣) والمفروض ان مدد التقادم المنصوصة فى المادة ١٤٠ ، تقبل الوقف والانقطاع . وهذا الحكم تقضى به المادة ١٢٤ المانى ويأخذ به الفقه الفرنسى فى تفسير المادة ١٣٠٤ مدنى فرنسى .

(ب) التقـــادم :

تقضى المـادة ١٤١ مدنى فى فقرتها الثانية ، بأن دعوى البطلان تسقط بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد •

وهذا النص يقرر سقوط دعوى البطلان « المطلق » بالتقادم • ولم يكن الفقه التقليدى الفرنسى يأخذ بهذا الحكم • فالبطلان « المطلق » كان لديه كالانعدام ، كل منهما لا يجعل للتصرف الباطل أى وجود ، ولذا لا تلزم الدعوى أمام القضاء لتقرير أى منهما ، وبالتالى لا يصح القول بسقوط التمسك بهذا الانعدام ، أى لا يجوز القول بسقوط دعوى البطلان ، لانه ليست هناك دعوى يرد عليها هذا السقوط ، ولان العدم لا ينقلب وجودا مهما طال الزمن ، فيمكن التمسك ببطلان « عقد » ، اذا كان بطلانه مطلقا مهما مر من زمن ، سواء بطريق الدعوى أو بطريق الدفع •

ولكن الفقـه الفرنسى الحديث ، الذى يذهب الى لزوم الدعوى بالبطلان « المطلق » لزومها فى حال البطلان النسبى ، يرى أن هـذه الدعوى تسقط اذا مضت عليها مدة التقادم الطويل • وقد اتبع فى ذلك أحكام القضاء الفرنسى التى قررت هذا السقوط • ولكن اذا كان الفقه الحديث يأخذ بسقوط دعوى البطلان بالتقادم ، فانه يقول فى نفس الوقت بأن الدفع بالبطلان المطلق لا يسقط بهذا التقادم ، فاذا طالب أحد أطراف العقد بالتزامات ناشئة عنه ، بعد مضى خمس عشرة سنة على ابرام العقد ، ولم يكن حق المطالبة بهذه الالتزامات قـد سقط بالتقادم ، كان لمن وجهت اليه المطالبة أن يدفعها ببطلان « العقد » رغم أنه لم يكن يستطيع أن يرفع دعوى مبتدأة بهذا البطلان ، بسبب مضى مدة التقادم •

وقد أخذ القانون المصرى ، فى هذه المسألة ، برأى الفقه الفرنسى الحديث ، فقضى فى المـادة ٢/١٤١ بسقوط « دعوى البطلان » ولم يشر الى الدفع به • ولكن الاعمال التحضيرية للنص تكشف عن قصد

الشارع الى الاخذ بمبدأ أزلية الدفع ، كحكم مسلم لا يحتاج الى النص عليه (١) • وكثير من الفقهاء الذين يسلمون بتقادم دعوى البطلان يقررون عدم سقوط الدفع بالبطلان لمـا يحققه ذلك من فائدة فى حماية النظام العام ، بعدم السماح بتنفيذ التزامات ناشئة عن تصرف غير مشروع ، ولو كان حق التمسك ببطلانه عن طريق رفع الدعوى أصبح غير ممكن لسقوط الدعوى به (٢) •

٥٦ ـ آثار البطـلان (أحكامه) :

أثر وصف التصرف بالبطلان ، هو عدم صلاحيته لانتاج الآثار القانونية المقصودة به ، وهو ما يمكن أن نسميه « عدم نفاذ » هـذا التصرف ، وقد أشرنا من قبل الى أن عدم نفاذ التصرف القانونى بسبب بطلانه يتحقق على صورة واحدة ، فى جميع أحوال البطلان ، أى سواء أكان بطلانا لعيب فى الارادة (نسبيا) أو لعدم المشروعية (مطلقا) •

واذا كان أساس البطـلان ، أو سببه ، هو وقـوع مخالفـة للقانون فى ابرام التصرف ، وعدم وجود هذا التصرف فى نظر القانون ، فمن المنطقى ألا يترتب على هذا التصرف أى أثر من آثاره ، أى أن تزول هذه الآثار ، كما يقول الفقه ، بأثر رجعى ، فان تقرر البطلان بعد تنفيذ بعض الالتزامات ، يجب أن يعاد المتصرف الى الحال التى كان عليها قبل ابرام التصرف •

---

(١) وقد كان منصوصا على عدم تقادم الدفع فى المـادة ١٤٥ من المشروع بعد المراجعة ، ثم الغى النص عليه امام لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ — مجموعة الاعمال التحضيرية ، جـ ٢ ص ٢٥٣ .
وقد قضت محكمة النقض فى الطعن رقم ٩٠ السنة ٢٣ ق جلسـة ١٩٥٧/٤/١١ بعدم سقوط الدفع بالبطلان « المطلق » بالتقادم .

(٢) فضلا عن ان اباحة التمسك بالبطلان عن طريق الدفع ، معناها عدم تغيير الوضع المستقر الدائم ، ولا يؤدى الى تغيير هذه الاوضاع كما هو الشأن فى اغلب صور تقرير البطلان عن طريق الدعوى به .

واذا لم يكن قد تم تنفيذ أى من التزامات التصرف الباطل ، فان تقرير البطلان لا يثير أية مشاكل ، لان الحكم بالبطلان لا يعنى أكثر من منع نشوء هذه الآثار ، أما أن كان التنفيذ قد تم كنه أو بعضه ، فان تحقق أثر البطلان يقتضى الزام من أفاد من هـذا التنفيذ برد ما حصل عليه الى من قام بالتنفيذ ، وبصفة عامة يقتضى اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التصرف، فتنشأ التزامات بالرد بين أطراف المعاملة التى يتبين بطلان التصرف الداخل فيها ، وهذا هو الترجمة العملية لعدم النفاذ المترتب على البطلان فى حالة تنفيذ التصرف أو البدء فيه • وقد نص القانون المدنى المصرى على هذا الحكم ، فقضى فى المـادة ١/١٤٢ بأنه « فى حالتى ابطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد، فاذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل » • أى اذا استحال رد نفس ما تلقاه الشخص فانه يلزم برد ما يعادله فى القيمة •

وعلى ذلك فآثار بطلان التصرف القانونى ، تتمثل فى آمرين :

الاول : نفى ترتب أى أثر من الآثار المقصودة بالتصرف الباطل ، على هذا التصرف •

ومعنى البطلان يفرض أن تكون هذه القاعدة مبدأ مطلقا ، ولكن الفقه يجرى على القول بأن التصرف ينتج ، رغم بطـلانه ، بعض الآثار ، كما فى حال الاكتفاء بانتقاص التصرف ، بابقاء بعض آثاره وازالة الباقى ، بدلا من ازالة كل الآثار ، وكما فى حال ما يقال به من تحول التصرف الباطل الى تصرف صحيح ، وكذا فى قول البعض ان التصرف الباطل يلزم من يعتبر مسئولا عن هذا البطلان ، بتعويض من ظن أنه صحيح واعتمد على ذلك ، ولذا فمن اللازم التعرض لهذه المســائل لمعرفة حقيقة ما يقال فيها من نسبة بعض الآثار الى التصرف الباطل •

الثانى : الزام كل من تلقى فائدة أو منفعة من تنفيذ التصرف الباطل ، بأن يرد هذه المنفعة ، أو ما يعادلها •

وهنا أيضا يلاحظ الفقه أنه فى بعض الاحوال تقوم عقبات تحول دون تطبيق مبدأ الرد الكامل لكل ما ترتب على التصرف الباطل ، ويجد لذلك أن الرد لا يتم بصورة واحدة فى كل أحوال البطلان (١) .

ولكننا نعتقد أن صورة الرد ترتبط بتطبيق قواعد الرد ، التى تتضمنها نظرية « رد غير المستحق » وهى النظرية التى تنظم بصفة عامة التزام من تلقى ما لا يستحقه بأن يرده الى صاحب الحق فيه ، سواء أكان هذا الالتزام بالرد ناشئا عن البطلان أو الفسخ أو غير ذلك من الاسباب ولا علاقة لاختلاف أحكام الرد المترتب على البطلان ، بقواعد البطلان نفسه ، الذى قلنا أنه نوع واحد وليس أنواعا متعددة ، ولذا لا يمكن أن تكون هناك صلة بين اختلاف أحكام الرد ، وطبيعة البطلان (٢) .

---

(١) بل ان بعض الفقه يربط بين الصورة التى يتحقق بها الرد ، وبين البطلان الذى يترتب عليه الرد ، ليقول باختلاف البطلان مع اختلاف صورة الرد .

(٢) يذهب بعض الفقه (دى باج ، ج ٢ فقرة ٨١٥) الى أن اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التصرف ، رغم اتمام التنفيذ أو بدئه ، مبدأ يفرضه زوال التصرف الباطل بأثر رجعى ، ويقول انها مسألة صعبة ويرى حلها فى التوفيق بين الحقيقة والقانون فى التنظيم الفنى لمبدأ « حل العقود » بأثر رجعى ، لكنه يقول ان نظرية عامة لتنظيم الرد ، بصفة عامة ، لم تقم بعد . غير اننا نعتقد ان مشاكل الرد تحكمها نظرية عامة قائمة فى الفقه ، ومتضمنة فى نصوص التشريع ، هى نظرية رد غير المستحق (تنظمها المواد ١٨١ وما بعدها من القانون المدنى) ، فالالتزام بالرد ينشأ بناء على تقرير البطلان ، وهو يخضع لقواعد تنظيم هذا الرد ، بعد ان ينتهى دور القواعد المنظمة للبطلان ، بتقرير هذا البطلان . والقواعد المنظمة للرد بصفة عامة ، هى قواعد رد غير المستحق على اعتبار ان ما حصل عليه شخص بموجب تصرف تبين بطلانه ، يصبح غير مستحق وواجب الرد ، وهذه القواعد توفق بين احترام المركز القانونى وضرورة اعتبار المصالح المرتبطة بالواقع ، وهذا هو سبب ما يبدو فى صورة الرد من اختلاف من حال الى اخرى ، فهذا الاختلاف يرجع الى قواعد الرد لا الى قواعد البطلان ، ولا يقتضى القول باختلاف البطلان نفسه ، فالبطلان واحد واثره واحد ، فى جميع الاحوال .

ونتكلم فيما يلى عن المسائل التى تتعلق بالامــرين : نفى آثار التصرف الباطل ، والرد المترتب على البطلان .

١ ــ نفى آثار التصرف الباطـــل :

بطلان التصرف يقتضى ، كما قلنا ألا يترتب عليه أثر قانــونى مما قصد به ، ولكن الفقه يعزو الى هذا التصرف ، رغم بطلانه ، بعض الآثار فى أحوال : انقاص التصرف ، وتحوله ، وكذا التعويض عــن البطلان ، ونتكلم فى هذه المسائل على التوالى ، لنرى مدى صحة القول بترتب الآثار القانونية على التصرف رغم بطلانه :

١ ــ الانقاص ، وآثار التصرف الباطـــل :

تنص المــادة ١٤٣ من القانون المدنى المصرى ، على أنه « اذا كان العقد فى شق منه باطلا أو قابلا للابطال ، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل الا اذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقــع باطلا أو قابلا للابطال ، فيبطل العقد كله » . وهذا النص يضع القاعدة العامة لمــا يسمى بالبطلان الجزئى (١) ، لجزء من المعاملة (العقد) التى يبرمها الافراد ، اذا كان البطلان لا يمس الا جزءا منها ، وابقاء باقيها صحيحا ، الا اذا تبين انها ما كانت لتتم بأكملها بغير الجزء الذى وقع باطلا ، فعندئذ يمتد البطلان اليها بأكملها ويضرب الفقه مثلا لذلك أن ينصب البيع على عدة أشياء يكون واحد منها غير قابل للتعامل فيه ، فيعتبر البيع باطلا بالنسبة له ، ويظل صحيحا بالنسبة لباقى الاشياء ،

---

(١) وهناك حالات خاصة منصوص فيها على جواز الانقاص ، كحالة الغبن حيث تجيز المــادة ١٢٩ للقاضى انقاص التزامات الطرف المغبون . وحالة المــادة ٢٢٧ الخاصة بانتقاص سعر الفائدة فيما زاد عن الحــد الاقصى للفائدة الاتفاقية والمــادة ٧٥٠ التى تقضى ببطلان الشروط التعسفية التى قد تشملها وثيقة التأمين دون ان يمتد البطلان الى التأمين بأكمــله وكذا احوال المواد ١٢٤ و ١٤٩ و ٢/٧٠٩ و ٨٣٤ من القانون المدنى .

الا ان تبين أن الصفقة واحدة لا يمكن تفريقها ، فيكون البيع بأكمله باطلا (١) • وكذا مثل الهبة التى تقترن بشرط غير مشروع ، كأن يهب شخص لآخر مالا بشرط ألا يتزوج أو ألا ينجب ، فيكون الشرط باطلا وتبقى الهبة صحيحة ، ما لم يقم الدليل على أن الواهب لا يتصور الهبة غير مقترنة بهذا الشرط ، فتكون الهبة كلها باطلة •

والقول بانقاص « العقد » ، أى ببطلان جزء منه ، وبقاء الجزء الآخر صحيحا يعنى أن التصرف الباطل ينتج الاثار التى تنسب الى هذا الجزء الباقى منه ، مما يتعارض مع القول بأن التصرف الباطل (مطلقا أو نسبيا) ، تصرف غير قائم فى نظر القانون ، لا ينتج أى أثر من الآثار المقصودة به ، فهل يعتبر الحكم الوارد فى المادة ١٤٣ خروجا على هذه القاعدة العامة فى امتناع ترتب أى أثر على التصرف الباطل واستثناء عليها ؟

الواقع أن من الممكن تفسير حكم المادة ١٤٣ بما يكشف عن أنها لا تورد استثناء على قاعدة « كلية البطلان » أى اعتبار البطلان سببا فى ازالة جميع آثار التصرف الباطل ، أو فى عدم ترتب أى أثر على التصرف القانونى الباطل ، ذلك أن الاكتفاء بالانقاص (دون البطلان الكامل) ، فى هذا النص ، مشروط بألا يكون هناك ارتباط فى ذهن المتصرف بين جزء المعاملة المخالف للقانون وجزئها الذى لا يخالفه ، أى أن مناط تجزئة البطلان هو الانفصال التام بين ما يقع عليه الجزء الباطل وبين ما يقع عليه الجزء السليم (الذى يستبقى) من التصرف ، فى ذهن المتصرف (٢) • وتحليل المثلين اللذين ضربتهما المذكرة الايضاحية

---

(١) تضرب المذكرة الايضاحية مثل ورود البيع على عدة اشياء ووقوع المشترى فى غلط جوهرى بالنسبة لواحد منها دون الباقى — مجموعة الأعمال التحضيرية . جـ ٢ ص ٢٦٠ .

(٢) والمذكرة الايضاحية تجعل حكم المادة ١٤٣ فى الاخذ بالبطلان الجزئى ، مجرد تفسير لارادة الطرفين ، نفس الموضع .

للنص المصرى ، يكشف عن صحة هذا النظر . فالمثل الاول يتناول هبة مقترنة بشرط ، لم يعول الواهب فيها ، من حيث رغبته فى الهبة وقصده الى اتمامها ، على تحقق هذا الشرط ، وانما يظل قصده اليها قائمـا منجزا ، ولو تصور عدم امكان تحقق شرطه ، فاذا تبين بطلان الشرط ، فان هذا لا يجر معه بطلان الهبة ذاتها ، لانعدام الربط فى ذهن الواهب بين مصيريهما . والمثال الثانى يتناول بيعـا ينصب على « أشـياء » متعددة ، ينظر الى كل منها على استقلال فى قصد البائع والمشترى ، بحيث يمكن أن يتم بيع أحدها دون الباقى ، وهذا يعنى أن قيمـة كل منها قدرت مستقلة ، فاذا وقع الغلط أو قام منع قانونى بالنسـبة لاحدها ، وجب استبعاده من المعامـلة بثمنه وابقاء البيـع بالنسبة « للاشياء » الاخرى .

واذا كان البطلان الجـزئى لا يعمل الا فى مثل هـذه الظروف السابقة ، الا نستطيع أن نرى أن القانون ، اذ يتحرى الفصل بـين الجزئين ، الباطل والصحيح ، على أساس من قصد المتعاملين ، انمـا يكشف عن تركب الارادة ، وتعدد فى التصرفات القانونية التى تنطوى عليها عملية قانونية واحدة : هبة منجزة ، واشتراط عبء على الموهوب له ، عدة بيوع منفصلة ترد فى معاملة واحدة ، أى بتعبير آخر ، يكشف فى كل من المثلين السابقين عن وجود تصرف قانونى صحيح مستقل عن تصرف آخر باطل ، يجاوره ، فى معاملة واحدة ، ولا يؤدى جمعهما فيها الى اعتبارهما معا كلا غير قابل للانقسام .

الواقع أن هذا هو ما يبدو من صـياغة نص المـادة ١٤٣ ومن شرح القصد منها فى الاعمال التحضيرية ، ولذا نستطيع أن نقول ان هذا النص لا يتعارض مع « كلية البطلان » لان ما يقرره من بطـلان الجزء هو تقرير لابطال تصرف باطل منفصل عن تصرف آخر صحيح

يبقى منتجا لآثاره ، دون أن يعنى هذا تجزئة تصرف واحد الى جزء صحيح وجزء باطل [١] .

الانقاص فى النصوص الخاصة :

هناك أحوال خاصة قضى القانون فيها ، بانقاص الالتزامات المترتبة على التصرفات القانونية التى تخالف أحكامه ، دون أن يبنى ذلك على تحرى قصد المتعاقدين ، أو تبين انفصال تصرفات متعددة تضمها معاملة قانونية واحدة ، كنصه على انقاص الفائدة المشترطة اذا زادت عن الحد الاقصى للفائدة الاتفاقية فى المادة ٢٢٧ مدنى ، أو بطلان الشروط التعسفية فى عقد التأمين مع ابقاء التأمين ذاته ، أو الغاء شروط عقد العمل المخالفة لقانون العمل ، مع ابقاء علاقة العمل قائمة ، فكيف يفسر الانقاص فى مثل هذه الاحوال ، مع الاخذ بمبدأ « كلية البطلان » ؟

فى مثل الصور السابقة يقضى القانون بابقاء المعاملة كما اتفق عليها أطرافها مع تعديل بعض أحكامها ، فالمقترض بفائدة ١٠ ٪ مثلا ، لا يلتزم الا بفائدة ٧ ٪ وفقا لحكم المادة ٢٢٧ مدنى ، أى تنقص الفائدة المستحقة من ١٠ ٪ الى ٧ فى المائة مع بقاء القرض بكل شروطه الاخرى . والمتعاقد مع شركة التأمين يظل ملتزما بأقساط التأمين وتظل الشركة المؤمنة ضامنة للخطر المؤمن ضده ، مع الغاء الشروط التعسفية التى قد تكون الشركة قد فرضتها على المستأمن . فكيف يمكن تفسير هذا التعديل المفروض لآثار التصرفات القانونية والذى يوصف بأنه انقاص وبطلان جزئى مع القول بأنها آثار ارادية ، تنسب الى التصرف القانونى ؟

---

(١) والواقع ان المصدر الارادى للاثار القانونية ، هو التصرف القانونى ، اى ارادة كاملة على الاقل . ولا يتصور ان يكون « جزء الارادة » مصدرا لهذه الاثار ، مما يؤكد ذهابنا الى ان الباقى فى حالة الانقاص لابد ان يكون تصرفا كاملا لا جزء تصرف .

الواقع أن الآثار التى تترتب بعد هذا الانقاص ، لا يمكن أن تنسب الى الارادة ، فمن المحقق أن الارادة اتجهت الى غيرها ، ولذا فهى آثار تترتب بحكم القانون . ويمكن تحليل ترتبها بحكم القانون بأن مخالفة التصرف القانونى تعنى أنه باطل ، فلا يكون له أى أثـر باعتباره تصرفا يقصد به تحقيق ذات الآثار التى حددها المتصرف ، ولكن القانون ، بالنسبة لبعض التصرفات ، لا يقف عند هذه النتيجة ، بل يتخذ من الاتجاه الى التصرف القانونى الباطل ، أساسا لفـرض الآثار التى كانت مقصودة بهذا التصرف مع تعديلها بما يجعلها موافقة لاحكامه ، فالقرض بفائدة تزيد عن الحد الاقصى تصرف باطل لا تترتب عليه أية آثار ، ولكن القانون لا يكتفى بتقرير بطلانه ، بل يتخذ من اتجاه أطراف القرض الى اتمامه ، أساسا لفرضه من جديد ، بـكل شروطه ، وفقا للاحكام القانونية المحددة لسعر الفائدة (مع ابقـاء المبلغ والمدة والشروط الاخرى التى لا تخالف القانون على حالهـا الاصلية) (١) . وبذلك يظهر أن الآثار التى تتخلف بحكم القانون رغم البطلان ، والتى يصور بقاؤها على أنه انقاص للتصرف ، ليس مصدرها التصرف ، بل مصدرها ، فى صورتها الجديدة ، حكم القانون ، مما يعنى أنه لا يوجد ، فى الواقع ، أى انقاص للتصرف القانونى ، بل هـو استبدال لآثار قانونية ، أى مصدرها القانون ، بآثار هذا التصرف الباطل ، التى اتجهت الارادة اليها (٢) .

---

(١) والقانون هنا يحدد كم الالتزامات التى يفرضها . وقد يـترك تحديدها للقضاء (المـادة ٧٠٩ — ٢ الخاصة بأجر الوكيل والمـادة ١٢٩ الخاصة بالاستغلال) وقد يكون أساس تحديدها قصد المتصرف (كحـالة المـادة ١٢٤ الخاصة بعدم التمسك بالبطلان للغلط اذا قدم الطرف الاخر ما يراه القاضى محققا لقصد الغالط) .

(٢) انظر تفصيلا فى عرض موضوع الانقاص ، فى مؤلفنا عن البطلان ، فقرة ٣٠ من ص ٨٠ الى ص ٩٤ .

٢ ــ التحول وآثــار التصرف الباطــل :

تعرض مسألة تحول التصرف القانونى ، اذا كان هناك تصرف باطل ، ولكنه يتضمن عناصر تصرف آخر صحيح ، فيترتب على بطلان التصرف الاول ، أن يتحول هذا التصرف الباطل الى التصرف الصحيح. ويعتبر بعض الفقه ، تحول التصرف الباطل الى تصرف صحيح ، أثــرا يترتب على التصرف الباطل ، ولذا يقولون أن التصرف الباطــل ينتج أثرا فى هذه الحال ، ويدرسون هذا الاثر فى نظرية « تحول التصرف القانونى » .

والقول بأن التصرف الباطل ينتج أثرا ، يتعارض مع منطــق البطلان كما نأخذ به ، وهو أن البطلان يعنى عدم ترتب أى أثر من آثار التصرف المخالف للقانون ، ولذا فمن اللازم أن نحدد حقيقة مصدر الآثار التى تعزى الى التحول ، وهل هو التصرف الباطل ، أم تصرف قانونى آخر .

والقانون المصرى ينص على التحول فى المــادة ١٤٤ مدنى التى تقضى بأنه « اذا كان العقد باطلا أو قابلا للابطال ، وتوافرت فيه أركان عقد آخر ، فان العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذى توافرت أركانه ، اذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف الى ابرام هــذا العقد » (١) .

---

(١) وهذا النص مأخوذ عن القانون المدنى الالمــانى (المــادة ١٤٠) الذى تنن الدراسات الفقهية السابقة عليه لنظــرية التحول ، ومنذ اخذ القانون الالمــانى بها ، عرفت النظرية فى الفقه الفرنسى وظهرت لها دراسـات فى بعض المؤلفات الخاصة ، كرسالة بيران عن تحول التصرفات القانونية ، ديجون ١٩١١ .

والشروط التى يجب توافرها ، ليتحقق التحول الذى تنص عليه المـادة ١٤٤ ؛ كما يحددها الفقه (١) هى :

اولا : أن يكون هناك تصرف باطل (بطلانا كاملا لا بطـلانا جزئيا) وسواء أكان البطلان « مطلقا » أم « نسبيا » .

ثانيا : أن يكون هناك اختلاف فى الطبيعة بين التصرف الباطل والتصرف الذى يتحول اليه .

ثالثا : أن يتضمن التصرف الاول عناصر التصرف الثانى .

رابعا : أن يتبين أن نية « المتعاقد » كانت تتجه الى التصرف الثانى ، ولو علموا ببطلان الاول .

وتحليل هذه الشروط ، وخصوصا الشرط الاخير منها ، هو الاداة التى تكشف عن طبيعة التحول وعما اذا كان حقيقة ، أثرا للتصـرف الباطـل :

فشروط التحـول تستلزم أن تكون عنـاصر التصرف الصحيح الذى يتحول اليه التصرف الباطل ؛ متضمنة فى هذا التصرف الباطل ، كما تستلزم انصراف الارادة المحتملة لاطراف المعاملة الى التصرف الصحيح ، وهذا يعنى أن القول بقيام التصرف الصحيح لا يعنى أكثر من ابراز التصرف الحقيقى الذى أراد أطراف المعاملة ابرامه ، وأن القاضى الذى يعرض عليه أمر التصرف الباطل لا يفعل أكثر من تفسير

---

(١) بهجت بدوى ، مقالته عن آثار التصرفات الباطلة ، القانـون والاقتصاد السنة ٣ ص ٤١١ ، فقرة ٤٧ ، ورسالة بيران ، ص ٥٧ (مع بعض الاختلاف) ، والسنهورى ؛ الوسيط فقرة ٣٠٧ .

الارادة ، مستنيرا بالغاية الاقتصادية للتصرف ، وعمله لا يمكن أن يكون « انشاء » التصرف الثانى ، بل مجرد الكشف عنه فى مقاصد المتعاملين مأخوذة من التعبير عن ارادتهم (١) •

ونستطيع أن نأخذ من هذا أن التحول يتم بتفسير الارادة للكشف عن الغاية العملية من التصرف ، وتكييف التصرف فى ضوء هذه الغاية ، أى اعطائه الوصف القانونى المناسب للآثار الحقيقية المقصودة به • وبذا يظهر أنه لا يوجد الا تصرف واحد منذ البداية ، هو التصرف الصحيح ، وأن ما يقال به من وجود تصرف باطل لا يظهر التصرف الصحيح الا بتحوله ، ليس الا نتيجة لاطلاق تسمية على التصرف الصحيح المقصود ، لا تتفق مع حقيقة آثاره • واطلاق تسمية غير صحيحة على تصرف لا يمكن أن يؤدى الى بطلانه ، وان كان من حق القضاء أن يغيرها الى التسمية الصحيحة ، المتفقة مع المقاصد الحقيقية من التصرف •

وينبنى على هذا الفهم لمعنى التحول ، ان ما يترتب من آثار فى حال تحول التصرف ، هى آثار تصرف صحيح قائم منذ البداية وأن ما يسمى بالتحول ليس استثناء من القاعدة التى تقضى بعدم ترتب أى أثر قانونى ، على التصرف الباطل •

---

(١) انظر مؤلفنا عن البطلان ، ص ٤٠٢ ، والاشارة الى رأى مخالف فى سالى ، التعبير عن الارادة ، فى شرح المادة ١٤٠ الماني • ويبين الاستاذ السنهورى ، دور القاضى فى الحكم بالتحول ، فى مؤلفه عن نظرية العقد ، فقرة ٥٩٧ بقوله ان « التصرف الصحيح ليس اساسه العقد الباطل بل اساسه عناصر مستقلة عن هذا العقد تجمعت فى دائرته ونسرها القاضى تفسيرا تمشى فيه مع نية المتعاقدين ، فاستخلص منها العقد الصحيح » •

على أن الفقه الذى يقبل اعتبار نظرية التحول ، نظرية قائمة بذاتها يتم تفسير التحول بها فى اطار الآثار التى قد يرتبها التصرف القانونى الباطل ، يلاحظ أن تطبيقاتها فى العمل تتحقق فى صور قليلة[١] •

٣ — التعويض عن البطلان :

قد يصاحب ابرام التصرف الباطل خطأ ينتج عنه ضرر ، أما لمن صدر منه التصرف ، كما فى حال الغلط الناشىء عن الحيل (التدليس ، والخطأ ينسب لمرتكب التدليس) • واما أن يكون الضرر لاحقا بالطرف الآخر (الملتزم له بالتصرف الباطل) كما فى حال الغلط التلقائى فقد يكون رضاء الغالط بالمتصرف نتيجة تهور أو تسرع ، فيعتبر هذا منه خطأ يصلح أساسا لالزامه بتعويض ما لحق الغير من أضرار بسبب اطمئنانه لصحة التصرف وترتيب معاملاته على هذا الاساس •

والالتزام بالتعويض عن البطلان ، خصوصا فى حال الضرر اللاحق بمصدر التصرف يقوم على المسئولية عن الخطأ ، وتطبق لحكمه القواعد العامة للمسئوليين التقصيرية • لكن الفقه لاحظ أن بناء التعويض فى حال البطلان ، لمصلحة الغير ، على خطأ من صدر منه التصرف ، والذى جاء من ناحيته سبب البطلان ، كما فى حال الغلط التلقائى ، على قواعد المسئولية التقصيرية ، يحصر أحوال التعويض فى

---

(١) ومن امثلتها تحول الكمبيالة التى لا يتوافر فيها الشكل الى سند عادى ، وتحول تظهير الورقة التجارية الى وكالة ، وتحول القسمة النهائية الى قسمة مهاياة (بسبب نقص اهلية احد المتقاسمين) . وتحول اقامة شخص وارثا الى وصية ، وكذا يضرب امثلة للتحول فى غير التصرفات القانونية كتحول المحرر الرسمى الى ورقة عرفية (لعيب فى الشكل) وتحول الوكالة الى فضالة ، انظر السنهورى ، الوسيط ، فقرة ٣٠٧ واسماعيل غانم ، فقرة ١٤٤ ، وبهجت بدوى ، مقالته السابقة فقرة ٦٢ ومؤلفنا عن البطلان ، هامش ٤ ص ٤٠٣ .

حدود ضيقة كما يصطدم بصعوبة اثبات الخطأ[1] ، اذ يجب على المطالب بالتعويض أن يثبت ترتب ما لحقه من ضرر على خطأ المتصرف الواقع فى الغلط .

وقد ذهب الفقيه الالمانى اهرنج الى تأسيس التزام المتسبب فى البطلان ، بتعويض من يناله ضرر من هذا البطلان ، على المسئولية العقدية ، وفقا لنظريته فى « الخطأ عند تكوين العقد » تيسيرا لالزام المتسبب فى البطلان الضار بالغير ، بالتعويض ، ومؤدى هذه النظرية أن كل متصرف وهو يقدم على التعاقد ، يتعهد للطرف الآخر بصحة تصرفه ، فاذا ما تبين عدم صحته ، كان ملزما حياله بتعويضه عما يلحقه من ضرر نتيجة للبطلان ، باعتباره مخلا بهذا التعهد[2] ، دون حاجة الى اثبات خطئه ، أى لمجرد ثبوت بطلان التصرف لسبب من جهة المتصرف .

والاعتراض الرئيسي على هذه النظرية هو أنها تجعل الالتزام بالتعويض موضوع تعهد ثانوى يقترن بالتصرف الباطل (الذى يعتبر التعهد الاصلى أو الجوهرى) ، ويبقى رغم بطلان هذا التصرف ، ليكون أساسا اراديا لتعويض الغير عن الضرر الناشىء عن البطلان ، وهذه النظرية بذلك ، تفترض قيام تعهد بالصحة فى جميع العقود دون أن يقوم أى دليل على ذلك ، وهى من ناحية أخرى تجزىء أثر البطلان على العقد بطريقة غير مقبولة « لان التفرقة بين العناصر الجوهرية للعقد والعناصر الثانوية وربط كل عنصر بما يترتب عليه من أثر أمر يكاد أن يكون مستحيلا ، اذ ليس لتلك العناصر كم محدد ، فالعقد اما أن يكون صحيحا تترتب عليه كل آثاره واما أن يكون باطلا

---

(١) ويقول Roux فى رسالته عن التعويض بسبب البطلان ، باريس سنة ١٩٠١ ، ص ٢٣ ان بناء التعويض على المسئولية التقصيرية ، يجعل ناقص الاهلية ، مسئولا عن اهماله فى التعاقد ، ويتعارض ، لذلك ، مع الغاية من نظام فقدان الاهلية ، وهى حماية فاقدى الاهلية .

(٢) ويؤيد اهرنج رايه فى الصفة التعاقدية للمسئولية عن البطلان ، باحكام من القانون الرومانى ، انظر مؤلفنا عن البطلان ، ص ٤٠٤ .

فلا يترتب عليه أى أثر »(١) أى انه حتى لو قبل افتراض وجود تعهد ثانوى مع كل تصرف ، وأن مضمون هذا التعهد الثانوى هو ضمان صحة التصرف الاصلى ، فان البطلان الذى يلحق التصرف الاصلى (للغلط مثلا أو لغيره) يلحق أيضا التعهد بضمان صحة التصرف ، ولا يمكن أن يترتب عليه ، لذلك ، أى التزام ارادى بالتعويض ، ولذا فلابد أن يكون أساس الحكم بالتعويض بسبب البطلان ، خارجا عن نطاق العقد « الباطل » ، أى أن هــذا الاســاس يجب أن يكون الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية(٢) .

واذا كانت نظرية الخطأ عند تكوين العقد، تهدف الى الاستغناء عن الخطأ كأساس للتعويض عن البطلان، أى جعل المسئولية عن هذا التعويض مبنية على مجرد الخطر ، فان هذا يقتضى حكما خاصا فى القانون يقرر هذه المسئولية القانونية ، كالحكم الذى أورده المشرع الالمــانى فى المــادة ١٢٢ مدنى ألمــانى ، وعندئذ تكون هذه المسئولية قائمة بحكم القانون ، لا على أساس التصرف الباطل . وقد كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى الحالى يتضمن نصا على التعويض فى حال البطلان وفقا لقواعد نظرية الخطأ عند تكوين العقد (المــادة ٢٠٤ من المشروع) ولكنه ألغى عند مراجعة هذا المشروع رغبة فى ابقاء قواعد المسئولية عن البطلان على ما هى عليه من حيث قيامها على الخطأ ، وباعتبارها مسئولية « تقصيرية » .

وهنا أيضا نستطيع أن نلاحظ أنه لا يمكن نســبة أية آثار الى التصرف الباطل ، من خلال أحكام التعويض عن البطلان ، فى القانون المصرى ، أو حتى فى القانون الالمــانى .

---

(١) بهجت بدوى ، مقالته السابقة ، فقرة ١٧٤ .

(٢) وهذه النظرية ظهرت فى الفقه الالمــانى قبل صدور القانــون المدنى الالمــانى ، فى وقت لم يكن القانون الالمــانى يتضمن حكما عاما للمسئولية عن الخطأ فكان الاساس العقدى لازما لمد نطاق المسئولية المدنية الى التعويض عن البطلان ، ولذا لا تعتبر ذات اهمية فى القانون المصرى او القانون الفرنسى ، وفى القانون الالمانى الحالى ، حيث يقوم هذا المبدأ العــام .

(ب) الرد المترتب على البطلان :

اذا كان التصرف الباطل يدخل فى تكوين عقد تبادلى ، فان بطلان هذا التصرف يؤدى الى انهدام العقد ، وازالة آثار التصرفات المكونة له ، بقيام التزام بالرد على عاتق كل من طـرفى هذا العقـد ، لكل ما حصل عليه من تنفيذ الالتزامات الناشئة فى نطاق هذا العقد ، ومن اللازم لاستكمال الكلام عن آثار البطلان أن نشير الى الاحكام التى تنظم هذا الرد ، فيما بين طرفى العقد ، أو الرد الذى يطالب به غيرهما، نتيجة البطلان(1) •

الرد بين طرفى العقـد :

تقضى المـادة ١٤٢ من القـانون المدنى المصرى ، فى فقرتهـا الاولى ، بأنه فى حال ابطال العقد أو بطلانه ، يرد المتعاقدان الى الحال التى كانا عليها قبل العقد ، فاذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل ، وتقضى فى الفقرة الثانية بحكم خاص بناقص الاهلية ، فتنص على أنه لا يلزم بالرد ، فى حال البطلان لنقص الاهلية ، الا بما عاد عليه من المنفعة بسبب تنفيذ العقد •

والقاعدة العامة للرد بين المتعـاقدين ، تقضى بأن يعيـد كل من الطرفين ، المال الذى أخذه تنفيذا لهذا العقد(2) ، كما يلتزم برد ثمار هذا المـال من وقت طلب البطلان والرد المترتب عليه ، الا اذا كان سيىء النية (أى عالمـا بالبطلان) ، فيكون ملزما برد كل الثمار التى حصل عليها وهو سيىء النية ، وفقا لحكم المـادة ١٨٥ من القـانون المدنى التى تنظم رد غير المستحق •

---

(١) ويلاحظ ان ما يدخل فى تنظيم البطلان من قواعد الرد واحكامه ، هو تقرير مبدا الرد ، اما تفصيل احكام الالتزام بالرد ، فيدخل فى نظرية رد غير المستحق ، كما سبقت الاشارة .

(٢) والتزام كل شخص افاد من تنفيذ التزامات التصرف الباطل ، برد ما تلقاه بهذا التنفيذ يقوم ، ولو كان التصرف يدخل فى تكوين عقـد ملزم لجانب واحد ، أو حتى لو كان تصرفا منفردا .

أما اذا كان ما حصل عليه أحـد المتعاقدين منفعـة لا يستطاع ردها ، كما فى حال الايجار بالنسبة للمستأجر وما حصل عليه من منفعة الشىء المؤجر ، فانه يرد التعويض المعادل ، وفقا لحكم المـادة ١٤٢ .

وتستثنى المـادة ١٤٢/٢ مدنى ، ناقص الاهلية من الاحـكام السابقة ، فلا تجعله ملتزما الا برد ما أثرى به ، والعبرة فى تقـدير اثرائه هى بظروفه الخاصة ، ومدى الفائدة التى حصل عليها ممـا تسلمه ، فاذا كان المـال الذى تسلمه باقيا فى يده التزم برده ، وان كان تصرف فيه أو أنفقه ، فتقرير استفادته من من التصرف فيـه أو انفاقه ، يكون على ضوء نوع الفائدة المقابلة التى حصل عليها ، فان وفى به دينا عليه كان مستفيدا وان أنفقه على حاجاته ، فى حـدود ما يتفق مع دخله وثرائه ، كان مستفيدا به ، يلتزم برده ، أما ان أنفقه فيما يعد تبذيرا ، أو فى الملاهى أو القمار ، فلا يعد منتفعا به ، ولا يلتزم بالتالى ، برده(١) .

حرمان الملوث من الاسترداد :

يقول بعض الفقه أن هناك قاعدة ، من أصل رومانى(٢) ، تقضى بأنه لا يجوز للملوث أن يستند الى تلوثه فى المطالبة بحق أمام القضاء ، ويرتب على هذه القاعدة أنه اذا كان بطلان أحد التصرفات سببه عدم مشروعيته ، أى مخالفته للنظام العام أو الآداب ، وكان عدم المشروعية متحققا فى غاية « المتعاقد » الذى نفذ التزامه ، كمن يعطى آخر مبلغا من النقود نظير تعهده بقتل شخص آخر ، ثم لا يقوم المتعهد بالقتل ، بارتكاب جريمته ، يرى الفقـه أن المحـرض لا يستطيع أن يلجأ الى القضاء مطالبا باسترداد نقوده بسبب عدم ارتكاب الآخر للجريمة ،

---

(١) وهذه القاعدة مقررة ايضا فى المـادة ١٨٦ مدنى المنظمة لرد غير المستحق ، والقصد منها هو احكام حماية ناقص الاهلية ، وردع الاخرين من التعامل معه لمـا يتهددهم فى حال البطلان من احتمال عـدم الحصول على ما يؤدونه اليه .

(٢) أو من أصل كنسى ، مؤلفنا عن البطلان ، فقرة ٤٠٨ .

على أساس أنه ملوث ولا يحق له أن يستند الى هذا التلوث فى المطالبة بالاسترداد .

ولكن كثيرا من الفقهاء ينكرون قيام هذه القاعدة فى القوانين الحديثة ويرون عدم الاخذ بها خصوصا وأن النصوص لا تشير إليها ، وان كانت بعض أحكام القضاء الفرنسى وكثير من أحكام القضاء المصرى (قبل القانون المدنى الحالى) كانت تأخذ بها . وقد مال مشروع القانون المدنى الحالى الى تقرير الاخذ بهـا فى نصوصه ، ولكن النص عليها ألغى فى مراجعة هذا المشروع « لان حكمها لا يتمشى مع منطق البطلان » مما يعنى أن القانون المدنى الحالى يرفض الاخذ بهـا ، وبذا لا تمثل استثناء مـا على مبـدأ الرد بين الطرفين ، المترتب على البطلان لعدم المشروعية(١) .

الرد من الغير :

المسلم فى الفقه ، أن تقرير البطلان يمتد أثره الى الخلف الخاص لطرفى العقد ، فاذا كان العقد الذى حكم على طرفيه بالرد ، نتيجـة البطلان ، يهدف الى نقل ملكية عين ، كما لو كان بيعا ، وكان المشترى قد نقلها بدوره الى مشتر ثان ، فان تقرير البطلان يسرى على هـذا المشترى الثانى ، بحيث يستطيع البائع أن يرفع عليه دعوى باستحقاق العين ، على أساس ملكيته التى تعود اليه بالبطلان . والحال كذلك لو كان المشترى قد رتب على هذه العين أى حق عينى لمصلحة الغـير ، اذ يزول حق الغير نتيجة لزوال حق من نقله اليه .

ولكن الالتزام بالرد ، المترتب على البطلان ، لا يقع مباشرة على عاتق الخلف الذى يتلقى حقا من المشترى ببيع باطل ، فهذا المشترى هو الذى يتحمل بالالتزام بالرد ، ومطالبة الخلف بالرد نتيجة تترتب

---

(١) انظر مراجع عديدة فى بيان أصل القاعدة ومضمونها وتقديرها ، فى مؤلفنا عن البطلان ، ص ٤٠٨ و ص ٤٠٩ وهوامشهما .

على التزام السلف ، ولذلك فان الخلف يستفيد ، فى مواجهة المطالب بالرد ، بكل ما قرره القانون من قواعد حماية الحال الواقعية ، باعتباره « من الغير » بالنسبة للالتزام بالرد ، من ذلك انه :

(أ) يستفيد من حماية حيازة المنقول اذا اقترنت بحسن النية والسبب الصحيح ، فيصبح مالكا لـه ، لا يمكن مطالبته برده • كما يستفيد من قواعد حيازة العقار وكسب ملكيته بالتقادم ، ولا يقطع التقادم بالنسبة له ، الا مطالبته هو برد العقار الذى يحوزه •

(ب) اذا كان الخلف مرتهنا رهنا رسميا ، وكان حسن النية وقت ترتيب الرهن لمصلحته ، فانه يفيد من حكم المادة ١٠٣٤ مدنى التى تقضى ببقاء الرهن قائما ، رغم زوال ملكية من رتبه على العقار ، اذا كان الدائن المرتهن حسن النية •

وقد عممت هذا الحكم بالنسبة لكل الحقوق العينية على العقارات، المادتان ١٥ و ١٧ من قانون الشهر العقارى (الصادر سنة ١٩٤٦) ، فجعلت كل اكتساب لحق من هذه الحقوق بحسن نية، قبل تسجيل صحيفة دعوى البطلان، بمنجاة من أثر الالتزام بالرد الذى يترتب على البطلان، أما ما يكسب من الحقوق بعد هذا التسجيل ، « فانه لا يحتج به فى مواجهة حق المالك الذى يرتد اليه ، ولو كان مكتسبه حسن النية »(١)•

---

(١) انظر تفصيلا فى شرح حكم المادة ١٧ من قانون الشهر والمادة ٣٦، من قانون السجل العينى ، فى مؤلفنا عن البيع ، طبعة سنة ١٩٩١ ، فقرة ٥٧ فى نهايتها وما بعدها، ويفرق البعض فى تطبيق المادة ١٧ هذه بين البطلان المطلق والبطلان النسبى ، اسماعيل غانم فقرة ١٤٨ .

المبحث الثانى

تكوين العقد (التراضى وصوره)

٥٧ ــ تمهيد وتقسيم :

يتكون العقد ، كما سبقت الاشارة ، بالتقاء ارادتين (على الاقل) تهدفان الى ترتيب آثار قانونية ، فكل ارادة من الارادات التى ينشأ بها العقد هى ارادة تهدف الى احداث أثر قانونى ، فهى بتعبير آخر ، تصرف قانونى • فالعقد هو توافق أو ارتباط بين تصرفين قانونيين (أو أكثر) يهدفان الى غاية مشتركة أو غايات مرتبطة ، ذلك أنه لا يكفى لنشوء العقد أن يعبر كل من طرفيه (أو أطرافه) عن ارادته ، وأن تكون هذه الارادة مستكملة لما بيناه من شروط ، بل يلزم أن تتوافق الارادتان حتى يتحقق ارتباطهما ، فيجب أن يكون هناك اتفاق بينهما فى الموضوع وأن تنسجم غاية كل منهما مع غاية الاخرى ، فاذا كان مضمون احدى الارادتين عرض مال للبيع بثمن معين وبشروط محددة ، يجب أن يكون مضمون الارادة الاخرى شراء نفس المال المعروض بنفس الثمن وذات الشروط ، حتى ينعقد البيع ، فالمطلوب فى الارادتين ليس اتحاد المضمون بل التطابق والتوافق بينهما ، وتنص على هذا ، المادة ٨٩ من القانون المدنى التى تقضى بأن العقد يتم « بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين »[١] •

والارادة التى تصدر أولا متضمنة عرض ابرام العقد ، على طرف آخر تسمى (الايجاب) بالعقد ، والارادة التى تصدر تالية لها ، متضمنة الموافقة على ابرام هذا العقد ، تسمى « القبول » وبارتباط القبول بالايجاب ، أو بتلاقيهما متوافقتين، يتم العقد[٢] • ومن اللازم

---

(١) وبقية النص تقول « مع مراعاة ما يقرره القانون المدنى فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد » . وسنجرى فى كلامنا عن نظرية العقد ، على افتراض انه يتم بين طرفين ، توحيدا للعبارة .

(٢) ويلاحظ انه مع صحة كل من الايجاب والقبول كتصرف قانونى ،
=

لذلك أن نبين القواعد التى تحكم الايجاب والقبول ، وتوافقهما وتحديد وقت التقائهما ومكانه ، باعتباره وقت انعقاد العقد ومكانه ، لترتيب ما يرتبط بهذا التحديد من أحكام •

وكل ارادة تدخل فى تكوين العقد ، يجب أن تكون ارادة صحيحة، مستكملة كل الشروط التى يستلزمها القانون فيها كتصرف قانونى ، بأن تكون ارادة سليمة لم يشبها عيب من عيوب الارادة ، والا تهدف الى غاية غير مشروعة ، وأن يكون التعبير عنها فى الشكل الذى يوجبه القانون ، ان كان يوجب شكلا خاصا لاعتبارها تصرفا قانونيا • فان كنت احدى الارادات التى تتجه الى ابرام العقد ، ارادة غير صحيحة (باطلة)[1] ، لم ينعقد بها العقد ، فالعقد لا ينعقد الا بارادات صحيحة (أى تصرفات قانونية صحيحة) ، فاذا تبين بطلان احدى الارادات ، وتقرر هذا البطلان بحكم القضاء ، كان هذا كشفا عن عدم نشوء العقد منذ البداية ، نتيجة لبطلان الارادة الداخلة فى تكوينه ، أى أن القول بعدم قيام العقد فى هذه الحال ، أمر يترتب على بطلان احدى الارادات المكونة له ، ولا يحتاج هذا القول : الى وصف العقد نفسه بالبطلان ، فالعقد لم ينشأ لعدم وقوع التلاقى بين ارادة طرف وارادة الطرف الآخر ، لما ثبت من بطلان هذه الارادة • ومجرد اثبات عدم انعقاد العقد ، يكفى لاستبعاد ما يترتب على هذا الانعقاد من آثار ، دون حاجة الى وصف العقد نفسه بالبطلان •

فاذا ما تحقق التوافق بين ارادتى طرفى العقد ، وكانت كل ارادة منهما تصرفا قانونيا صحيحا والتقى القبول بالايجاب وهو قائم ملزم

وتوافق مضمونهما ، يجب ان يتم تلاقيهما فى وقت يكون كل منهما قائما وملزما لصاحبه ، فلا يتحقق الارتباط بالعقد ، رغم توافر صحة الارادتين وتوافقهما ، اذا لم يلتق القبول بالايجاب فى وقت يكون فيه هذا الايجاب قائما ملزما للموجب ، وفقا للقواعد التى تنظم هذا اللزوم •

(١) ومن باب أولى ان كانت الارادتان باطلتين •

لصاحبه وتم ابرام العقد ، أى تم انعقاده ، ترتب على ذلك ارتباط كل من طرفيه بما ألزم نفسه بــه ؛ أى التزم كل من هذين الطـرفين بالآثار القانونية التى عبر عن رغبته فى الالتزام بها ، أى بالاثار التى اتجــه بارادته الى الالتــزام بهــا ، فالعقــد يترتب عليــه لزوم irrevocabilité الآثار التى رتبهــا العــاقدان على نفسيهما بارادتهما ، فلا يحق لأى منهما بعد تمام التوافق والارتباط بين ارادته وارادة المتعاقد الآخــر ، أن يرجع عما أعلن قبــوله من ارتباط ، أى لا يستطيع أن يلغى ما أعلن قصده انى الالتزام به ، من آثار قانونية ، باصدار تعبير لاحق عن ارادة جديدة تتجه الى التحلل من هذه الآثار فالآثار القانونية التى يرتبها المتعاقد على نفسه بارادته ، تكون غــير لازمة ، أى يحق له الرجوع عن الالتزام بها ، الا أن تم الارتباط بين ارادته وارادة الطرف الآخر ، فعندئذ يستحيل عليه أن يحل نفسه منفردا ، من هذه الآثار ، ولا يستطيع التخلص من التزامه بالعقد الا فى الاحوال وبالشروط التى يسمح فيها القانون بذلك(١) .

---

(١) ولزم الاثار المقصودة بالارادة ، يعنى عدم امكان الرجوع فيها ، وهذا هو معنى الالتزام القانونى ، وهذا اللزوم يتحقق بانعقاد العقــد ، ولكن هذا لا يعنى أن « العقد » ، لا الارادات المكونة له ، هو منشــا هذه الاثار ، فهذه الاثار ، بالنسبة لكل متعاقد ، مصدرها ارادته ، اى يرتبها كل طرف على نفسه بارادته ، وارتباط هذه الارادة بارادة شخص آخر فى العقد يؤدى الى لزوم هذه الاثار ، اى عدم امكان الرجوع فيها ، ويمكن ان نفهم الفرق بين نشوء الاثار ولزومها ، على ضوء تحليل الالتزام الى مديونية ومسئولية (والمديونية هى مضمون الواجب الذى يتحمل بــه الشخص ، والمسئولية هى عنصر الاجبار الذى يحقق فى الوجوب وصفه القانونى فيجعله التزاما) ، فمديونية كل متعاقد تنشأ بارادته ، اما المسئولية فلا توجد الا بارتباط ارادته بارادة اخرى فى العقد ، وقد يعترض على هذا بأن المعنى القانونى للالتزام لا يتحقق الا بعنصر المسئولية فيه ، واذا كانت المسئولية مصدرها العقد ، فيمكن اذن القول بأن العقد هو مصدر الالتزام ، ولكن يرد على ذلك بأن توقف قيام عنصر المسئولية على تمام العقد ، أساسه الارادة الفردية لكل متعاقد ، فكل من ارادتى العاقدين ، يمكن تحليلها كما يقول الفقيه الكبير « ديجى » ، الى عنصرين ، الأول ارادة التعاقد والثانى =

والتقاء ارادتى العاقدين ، متطابقتين ، يترتب عليه انعقاد العقد ، وتحقق ما يرتبط بذلك من لزوم آثار التصرفات القانونية ، كنتيجة فورية لهذا الانعقاد ، ولكن هذه الفورية ليست أمرا لازما يرتبط بنمام التراضى ، ليس فى الامكان تجنبه ، فقد يكون مضمون الاتفاق بين العاقدين ، هو مجرد الوعد بابرام عقد آخر فى المستقبل ، بل ان من

ارادة القيام بدور معين فى العقد ، وارادة القيام بدور معين فى العقد ، هى ارادة تحقيق نتائج قانونية معينة ، اما ارادة التعاقد ، فالمقصود بها سعى المتعاقد الى ترتيب الاثار السابقة فى اطار علاقة اتفاقية مع شخص آخر ، وبالتالى توقف التزامه بالاثار التى يرغب فى تحقيقها على الاتفاق بينه وبين هذا الشخص الاخر ، مما يظهر ان دور العقد فى تحقيق لزوم الاثار الناشئة عن الارادة (التصرف القانونى) يجد اساسه فى ارادة كل عاقد على حدة ، وهو ما يعنى ان التصرف القانونى ، باعتباره الارادة الواحدة ، هو نفسه اساس اعتبار العقد مصدر لزوم الاثار المقصودة من طرفيه .

فتوقف تحقق لزوم آثار التصرف القانونى على ابرام العقد ، يرجع الى ارادة صاحب هذا التصرف ونيته ، وطبيعة المعاملة قد تدل بذاتها على هذه النية ، فابتغاء المقابل فى المعاوضات ، او قصد تحقيق صلة معينة فى التبرعات ، تدل على ان صاحب التصرف لا يلتزم التزاما نهائيا لا رجوع فيه (وهو معنى اللزوم) ، الا اذا دخل فى ارتباط عقدى مع من يلتزم له بالمقابل او مع المتبرع له الذى يهدف الى تحقيق الصلة المعينة به .

اما ان ظهر ان نية المتصرف تتجه الى الالتزام التزاما نهائيا ، دون توقف على قبول او رضاء شخص آخر ، فان الالتزام ، بعنصرية ، المديونية والمسئولية ، ينشأ من ذات التصرف القانونى (الارادة الواحدة) كما فى حال انشاء مؤسسة خاصة ، او الوعد بجائزة ، وكما فى حال الالتزام بالبقاء على الايجاب بالعقد مدة معينة ، او ابراء الدائن لمدينه من دينه .

ولكن يلاحظ ان الحالات التى تتجه الارادة فيها الى الالتزام التزاما نهائيا لا رجوع فيه ، دون توقف على الدخول فى رابطة عقدية ، اى حالات الالتزام بالارادة المنفردة ، حالات تعتبر نادرة بالقياس الى الحالات التى يتوقف فيها لزوم آثار الارادة على نشوء العقد ، كما نرى فيما بعد فى كلامنا عن الارادة المنفردة .

وانظر مؤلفنا عن البطلان ، فقرة ١٤ ومقالتنا عن المحل والسبب ، فقرة ٧ .

حق طرفى العقد ، أن يؤجلا التزامهما النهائى ، رغم التراضى ، الى وقت مقبل ، كما يستطيعان أن يعلقا هذا الالتزام على أمر مستقبل غير محقق الوقوع (شرط) أو أن يشترطا حق كل منهما فى العدول عما التزم به ، بمقابل أو بغير مقابل ، وقد يفترض هذا الاشتراط من استخدام طريقة « العربون » فى التعاقد • وكل هذا ليس فيه مخالفة للقانون ، فهو صور للتراضى لا ينكرها القانون ، بل يقرها ، ويرتب آثارها كما أرادها العاقدان ، ومن ناحية أخرى ، فان الاتفاق بين طرفى العقد ، قد يتم فى ظروف خاصة أو بطريقة معينة فى التعبير عن الايجاب والقبول ، فى أحوال التعامل بالمزايدة أو المناقصة ، أو فى الاحوال التى يكون فيها أحد العاقدين فى مركز قوى يتيح له فرض شروطه على العاقد الآخر الذى يذعن لهذه الشروط ، مما يجعل من اللازم أن نتعرض لكل هذه الصور من صور التراضى ، لمعرفة ما ينطبق عليها من قواعد خاصة •

ودراستنا لانعقاد العقد تقتضى أن نتناول أولا القواعد التى تحكم هذا الانعقاد فى صورته العادية ، أى أن ندرس قواعد الايجاب والقبول وتحديد زمان انعقاد العقد ومكانه فى حالات التراضى العادى الذى لا يقترن بما يجعله صورة خاصة للتراضى • كما تقتضى أن نتعرض أيضا ، للصور الخاصة للتراضى ، لبيان القواعد الخاصة لكل منها ، وعلى ذلك فاننا نقسم دراستنا للتراضى فى هذا المبحث الى فرعين :

الفرع الاول :

ندرس فيه قواعد الصورة العادية للتعاقد ، فنتناول :

١ — الايجاب •

٢ — القبول •

٣ — تحديد زمان انعقاد العقد ومكانه •

الفرع الثانى : نتكلم فيه عن الاحكام الخاصة للتراضى فى صور :

١ — الوعــد بالعقــد •

٢ — اضافة العقد الى أجل أو تعليقه على شرط •

٣ — اشتراط حق العدول ، والتعاقد بالعربون •

٤ — التعاقد بطريق المزايدة أو المناقصة(١) •

الفــرع الاول

التراضى فى صورته المــادية

(الايجاب والقبول وتوافقهما)

٥٨ — الايجـــــاب :

الايجاب هو التعبير عن الارادة ، الذى يصدر من شخص يقبـــل على ابرام عقد ، موجها الى الطرف الآخر فى هذا العقد ، يعرض عليه ما يرضى أن يلتزم به فى هذا العقد منتظرا منه أن يتقبله ، بتعبير مطابق، فيتم ابرام العقد بينهما . فالايجاب هو التعبير الذى يصدر أولا ، موجها من أحد المقبلين على التعاقد ، الى المتعاقد الآخر ، مظهرا ارادة الموجب البانة فى الارتباط بالعقد ، وفقا للشروط التى يحددها فى هذا الايجـــــاب •

فالايجاب تعبير عن الارادة يصدق عليه ما ذكرناه عن التعبير عن الارادة بصفة عامة ، ولكن يلاحظ أن من اللازم أن يكون التعبير عن الايجاب صريحا ، فلا يتصور أن يكون التعبير عن الايجاب ضمنيا كما سبقت الاشارة •

---

(١) اما الاذعان فى التعاقد ، فقد سبق بيان معناه والاحكام المترتبة عليه ، فى الكلام عن تقسيم العقود ، الى عقود مساومة وعقود اذعان ، (فقرة ١٣ ص ٥٩) .

والايجاب تعبير عن الارادة ، موجـه الى شخص أو أشخاص آخرين ، يعرض عليه أو عليهم الدخول فى رابطة عقدية تنتج عنها آثار قانونية معينة يحددها فى هذا الايجـاب ، بالنسبة لما يلتزم به هو وبالنسبة لما يطلب اليهم الالتزام به ، فاذا ما قبل أو قبلوا عرضه ، وتم التعبير عن هذا القبول ، تحقق التزام كل طرف بما قبل الالتزام به ، نهائيا ، بانعقاد العقد . فالموجب اذ يعبر عن ارادته الالتزام بآثار معينة ، لا يقصد الى الالتزام ، نهائيا ، وحده ، أى بارادته المنفردة . وانما يقصد الى هذا الالتزام فى اطار الرابطة العقدية التى تنشأ بينه وبين شخص آخر . فالتعبير عن الايجاب تعبير موجـه الى الغير(١) والتزام الموجب نهائيا بآثاره ، يتوقف على قبوله من هذا الغير .

وحتى يعتبر عرض التعاقد ايجابا ، يترتب انعقـاد العقد على التقاء القبول به ، يجب أن يكون تعبيرا باتا عن ارادة الارتباط بالعقد ، يصدره شخص بعد وزن مصالحة وحسابها ان كانت المعاملة تحتاج الى ذلك . وبهذه الصفة يتميز الايجاب عن مجرد الدعوة الى التعاقد التى يوجهها شخص الى آخر بقصد الدخول فى مفاوضات تهدف الى تحديد شروط التعاقد تحديدا نهائيا ، فى المعاملات الهـامة أو التى تستلزم طبيعتها ذلك ، ثم بعد ذلك يعبر أحدهما عن ارادته الالتزام ، تعبيرا جازما أو باتا ، فيكون هذا التعبير هو الايجاب الذى ينبنى على قبوله من الطرف الآخر ، انعقاد العقد . فاذا كان التعبير مجرد دعوة الى المفاوضة وبحث الامر ، فان قبول هذه الدعوة لا يؤدى الى ابرام العقد . والقول بأن التعبير عن الارادة هو مجرد دعوة الى المفاوضة ، وليس ايجابا باتا ، مسألة ترجع لفهم التعبير ، فى الظروف التى صدر فيها ، على ضوء المـألوف والمعتاد ، فى التعامل ، فمن يعلن عن رغبتـه فى استخدام موظف يحمل مؤهلا معينا لعمل محدد وبأجر محـدد (فى الصحف أو فى غيرها) ، لا يعبر عن ايجاب يترتب على قبوله انعقاده

---

(١) أو واجب التسلم كما يسميه البعض .

« عقد العمل » ، بينه وبين من يعبر عن قبول العمل لديه ، وفقا لشروط الاعلان ، بل هو مجرد دعوة الى من تتوافر فيهم شروط الاعلان ليتقدموا للحصول على هذا العمل ، ويكون هذا التقدم من جانبهم هو الايجاب ، ولا ينعقد العقد الا بقبوله من صاحب العمل ، فاذا لم يقبله لم ينشأ العقد ، ولا مسئولية على صاحب العمل(١) •

ولكن ليس من اللازم أن يكون الايجاب موجها الى شخص معين، حتى يعتبر ايجابا ، فيمكن أن يوجه الايجاب الى الجمهور ، دون تحديد شخص معين ، ويكون تعبيرا عن ارادة باتة يترتب على قبولها انعقاد العقد ، فعرض البضائع فى نافذة متجر مع بيان ثمنها ، ايجاب موجه لاى راغب فى الشراء ، فان دخل المتجر وعبر عن قبوله الشراء ، كان عقد البيع تاما ، ووقوف سيارة الاجرة فى موقف سيارات الاجرة ايجاب بتأجير السيارة لمن يريد ، والى المكان الذى يرغب فيه ، نظير المقابل الذى يحدده « العداد » ، فاقبال أى شخص على استخدام سيارة الاجرة ، قبول لهذا الايجاب ينعقد به ايجار هذه السيارة • ولا يتصور قيام مثل هذا الايجاب الموجه للجمهور فى العقود التى تقوم على اعتبار أشخاص المتعاملين ، فالمصرف من وظائفه الاقراض ولكنه لا يوجب على نفسه بالاقراض لكل من يطلب الحصول على قرض ، وانما هو يدعو راغبى الاقتراض الى تقديم طلباتهم ، باعتبارها ايجابا ، يقبله بعد التحقق من توافر الشروط التى يتوخاها فى المقترضين ، وكذا الحال بالنسبة لصور أخرى من صور دعوة الجمهور الى التعاقد ، كشركات التأمين ، فاعلانها عن استعدادها لابرام عقود التأمين على الحياة مثلا ليس ايجابا ، وانما هو دعوة الى التعاقد •

---

(١) لا مسئولية على اساس العقد ، اما ان اقترنت الدعوة الى التعاقد بخطأ من جانب موجهها ترتبت عليه اضرار لمن استجاب لهذه الدعوة، فانه يكون مسئولا مسئولية تقصيرية ، كأن يطلب منه استيفاء أمور تستلزم نفقات كثيرة وهو غير جاد فى الرغبة فى التعاقد معه ، او ان يستغل عمله ، باسم الاختيار ، للحصول على منفعة معينة ، ويتبين ان هذا هو قصده من الاعلان .

ومن اللازم أيضا ، حتى يكون التعبير ايجابا ، أن ينطوى على العناصر الاساسية للعقد الذى يرمى الموجب الى الارتباط به، أى تحديد شروط التعاقد التى يقبلها الموجب ويعتبرها أساسية فى عرضه ، أى يجب أن يكون موضوع العملية القانونية ، وهدفه منها معينا ، وقد رأينا من قبل أن تعيين الموضوع الذى ينصب عليه التصرف القانونى أو قابليته لهذا التعيين ، على الاقل ، شرط لوجود الارادة الباتة . فاذا كان المعروض عقد بيع كان من اللازم أن يتضمن الايجاب بهذا العقد تعيين المبيع وثمنه وكل شرط آخر يحرص الموجب على تضمن العقد له . ولذا لا يعد ايجابا أن يعرض شخص بيع مال له « بشروط مغرية » أو « بتخفيضات هائلة » ، فمثل هذا العرض مجرد دعوة للتعاقد ، تقتضى مفاوضات لتحديد العناصر الاساسية للاتفاق(١) .

مدى لزوم الايجاب :

التزام الموجب بآثار العقد الذى يرمى الى ابرامه ، لا يتحقق الا اذا اقترن القبول بهذا الايجاب وكان مطابقا له ، أى اذا تم العقد . ولكن التساؤل يثور عن مدى التزام الموجب بايجابه قبل انعقاد العقد ، أى مدى التزامه بالبقاء على ايجابه ، تمكينا لمن وجه اليه هذا الايجاب من قبوله .

وتختلف الاجابة على هذا السؤال بحسب ما اذا كان الايجاب موجها الى شخص ماثل أمام الموجب ، أى الى شخص حاضر لديه ويكون التعاقد عندئذ بين حاضرين ، أو اذا كان الايجاب موجها الى غائب ، فيكون التعاقد بين غائبين .

---

(١) ويلاحظ انه لا يلزم الا تحديد العناصر الاساسية للعقد ، ذلك انه لا يلزم أن يتفق المتعاقدان على كل الشروط ولو كانت ثانوية الاهمية ، خصوصا فى العقود المسماة حيث تكمل القواعد التشريعية المقررة اتفاق الطرفين على هذه المسائل ، وكذا تقوم قواعد العرف والعادات المتبعة فى التعامل بهذا الدور فى العقود الأخرى .

(أ) التعاقد بين حاضرين :

فاذا كان الايجاب موجها من شخص الى شخص ماثل أمامه ، بنفسه أو بوساطة نائب قانونى عنه ، أى اذا كان موجها الى حاضر معه فى مجلس العقد ، لا يكون الموجب ملزما بالبقاء على ايجابه اذا لم يقبل الموجه اليه الايجاب ، هذا الايجاب « فورا » • والمقصود بالفورية أن يتم القبول قبل انفضاض مجلس العقد ، ويقصد بمجلس العقد الوقت الذى يخصصه الحاضرون لبحث موضوع العقد ، فاذا انصرف اهتمامهم عن العقد الى أمر آخر ، ولو لم يتفرقوا ، أو اذا تفرقوا دون صدور القبول ، صار الموجب حرا فى العدول عن ايجابه ، فلا يلتزم بناء على القبول الذى يصدر بعد انفضاض المجلس •

والتعاقد بين شخصين « بالتليفون » ، وهو كثير الحدوث فى المعاملات التجارية ، يعتبر تعاقدا بين حاضرين ، فهما يتبادلان الحديث معا كما لو كانا فى مجلس واحد ، ولذا فان انتهاء المحادثة التليفونية دون قبول الايجاب يترتب عليه انتهاء لزوم الايجاب ، وعدم التزام الموجب به اذا قبله الطرف الآخر بعد انتهاء المحادثة ، الا أن رضى « الموجب » بذلك رضاء مجددا •

والمادة ٩٤ من القانون المدنى تنص على الاحكام السابقة ، فتقضى بأنه « اذا صدر الايجاب فى مجلس العقد ، دون أن يعين ميعاد القبول فان الموجب يتحلل من ايجابه اذا لم يصدر القبول فورا ، كذلك الحال اذا صدر الايجاب من شخص الى آخر بطريق التليفون أو بأى طريق مماثل • ومع ذلك يتم العقد ، ولو لم يصدر القبول فورا اذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن ايجابه فى الفترة ما بين الايجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد » •

ومن النص السابق نفسه يتبين أنه اذا عين الموجب موعدا للقبول ، فانه يبقى ملتزما بايجابه المدة التى منحها للموجه اليه الايجاب ،

ليختار القبول خلالها ، ولو كان الايجاب موجها لحاضر ، ولو انفض مجلس العقد دون صدور القبول ، ولكن هذا الحكم لا يؤخذ من نص المادة ٩٤ مدنى وحدها ، ذلك أنه منصوص بصراحة ووضوح فى المادة ٩٣ التى تقتضى بأنه « اذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب البقاء على ايجابه الى أن ينقضى هذا الميعاد » بل ان المادة ٩٣ تقضى فى فقرتها الثانية بأن الاجل الذى يقترن به الايجاب « قد يستخلص من ظروف الحال أو طبيعة المعاملة » ، أى لا يلزم أن يصرح الموجب به ما دامت ظروف الحال تقتضى افتراض قبوله هذا الاجل .

فاذا اقترن هذا الايجاب بأجل للقبول ، ليبقى الايجاب ملزما خلاله وسواء أكان هذا الاجل مصرحا به من الموجب ، أو افترض اقتران الايجاب به ، استخلاصا من ظروف الحال أو طبيعة المعاملة ، فان هذا الايجاب يسقط ، أى ينتهى الزامه بمجرد انقضاء هذا الاجل ، بل انه يسقط قبل انقضاء الاجل ، اذا رفضه من وجه اليه ، فهذا الرفض يحل الموجب من الاجل الذى قبل أن يبقى ملتزما فيه بايجابه ، فقصده من هذا الاجل هو منح الموجب له فرصة الاختيار بين القبول والرفض ، وهو قد اختار الرفض ، فلم يعد هناك مبرر للاجل (١) .

(ب) التعاقد بين غائبين :

أما اذا كان التعاقد بين غائبين ، أى اذا كان الايجاب موجها الى شخص غير ماثل أمام الموجب بنفسه أو بمن ينوب عنه ، وكان تلقيه للايجاب (وكذا تلقى الموجب لقبوله) يحتاج الى فترة من الزمن ، حتى يتم نقله برسالة أو برقية أو بوساطة رسول (٢) ، فان التقاء

---

(١) ومن الممكن ان يبقى الايجاب ملزما رغم الرفض ، ان تضمن الايجاب ، صراحة ، قبول الالتزام بالايجاب حتى نهاية الأجل ولو رفضه من يوجه اليه ، قبل ذلك .

(٢) أما لو كان التعاقد يتم بالتليفون ، فانه يعتبر بين حاضرين ، ما دام انه لا يلزم زمن محسوس لعلم الموجه اليه الايجاب به ، وتلقى الموجب =

القبول بالايجاب ، وانعقاد العقد لا يتصـــور ، الا اذا سـلمنا بأن الموجب يلتزم بالبقاء على ايجابه المدة الضرورية لوصول ايجابه الى من وجه اليه وتلقيه الرد على هذا الايجاب ، وبغير القول بهذا الالزام يتعذر ابرام العقد بين غائبين (١) •

فالايجاب الموجه الى غير حاضر يكون فى جميع الاحوال ، مقترنا بأجل ، أى ملزما للموجب ، لمدة معينة تتحدد بالوقت الكاف ، فى الظروف المعتادة ، لوصول الايجاب الى من وجه اليه ، وتلقى رده على هـــذا الايجاب ، بوسائل الاتصال المـــألوفة (البريد أو البرق) ، ولو لم يكن الموجب قد عبر عن تحديد هذا الاجل صراحة ، فهذا الاجل تفرضه طبيعة التعاقد بين غائبين ، وهو يختلف فى مدته من حال الى أخرى ، وفقا لظروف كل حال •

والتزام الموجب البقاء على ايجابه ، فى الاحوال السابقة ، أساسه قبوله لهذا الالتزام ، صراحة أو ضمنا ودون حاجة الى أى قبول ممن يوجه اليه الايجاب ، أى أساسه ارادته المنفردة • والقانون المـــدنى المصرى ، بنصه فى المـــادة ٩٣ على لزوم الايجاب ، لا يجعل أهمية لمـــا يمكن أن يثور من خلاف فى الفقه حول تأصيل هذا الالتزام وبيـــان أساسه ، كما هى الحال فى القانون الفرنسى ، ذلك أن القضاء الفرنسى يسير فى أحكامه على اعتبار الايجاب ملزما اذا اقترن بتحديد مهـــلة للقبول ، كما أنه يسمح باستخلاص هذا الاقتران من ظروف المعاملة ، وهو نفس حكم النص المصرى ، رغم أن القانون الفرنسى لا يتضمن نصا على هذا الحكم ، ويختلف الفقه الفرنسى فى تفسير هـــذا القضاء ،

ردّه عليه ، فالتعاقد بين غائبين هو ذلك الذى يفصل فيه الزمان بـــين الايجاب وقبوله ، فان لم يوجد مثل هذا الفاصل الزمنى ، كان تعاقدا بين حاضرين ولو كانا فى مكانين مختلفين .

(١) لان ذلك يصبح منوطا بحسن نية الموجب ، ومحض تحكمه ، فى الاعتراف ببقائه على ايجابه حتى تلقى القبول .

فبعضه يفسره على أساس الارادة المنفردة للموجب ، ولكن هذا التفسير لا يجد قبولا لدى كثير من الفقهاء الفرنسيين على أساس أن الارادة المنفردة ليست مصدرا للالتزام فى القانون الفرنسى • ولذا يذهب رأى آخر فى هذا الفقه الى أن لزوم الايجاب فى هذه الحال يقوم على عقد ، وذلك بتحليل الايجاب بالعقد المعروض الى ايجابين ، ايجاب بالعقد ، وايجاب بالبقاء على الايجاب الاول المدة التى يحددها الموجب صراحة أو ضمنا ، والايجاب الاول يحتاج الى القبول لينشأ به العقد ، أما الايجاب الثانى فهو لمحض مصلحة الموجب له ، ولذا يكفى السكوت تعبيرا عن قبوله ، وينعقد بهذا السكوت عقد تمهيدى مضمونه البقاء على الإيجاب الاول للمدة التى يحددها الموجب أو تلك التى تقتضيها الظروف • وحاول رأى ثالث أن يقيم التزام الموجب بالبقاء على ايجابه ، على أساس المسئولية التقصيرية ، باعتبار رجوعه فى ايجابه قبل انقضاء الاجل ، خطأ يلتزم بتعويض ما يترتب عليه من ضرر ، وأن خير تعويض هو اعتبار الايجاب قائما ، رغم العدول ، والقول بانعقاد العقد بالقبول الذى يصدر من الطرف الآخر خلال المدة المحددة (١) •

والواقع أن لزوم الايجاب المقترن بأجل القبول ، لا يجد تفسيره الصحيح ، الا فى أنه التزام بالارادة المنفردة ، فالموجب اذ يلتزم بالبقاء على ايجابه ، انما يقرر أنه يتحمل هذا الالتزام دون انتظار لقبول ايجابه ممن وجه اليه ، أى لا يعلق التزامه النهائى على قبول من أحد ، وهى الصورة النموذجية للالتزام بالارادة المنفردة كما أشرنا اليها • وتأسيس لزوم الايجاب على الارادة المنفردة ، هو الرأى الذى يأخذ به أغلب الفقه المصرى •

---

(١) انظر فى هذه الاراء ، الوسيط للسنهورى ، فقرة ١٠٣ واسماعيل غانم ، فقرة ٦٠ .

واعتبار الايجاب ملزما يعنى انه اذا اقترن به القبول خلال فترة لزومه ، ينعقد العقد ، ولا يؤدى رجوع الموجب عن ايجابه ، قبل انقضاء فترة الالتزام ، الى سقوط الايجاب او منع انعقاد العقد .

٥٩ ـ القبـــول :

القبول هو التعبير اللاحق للايجاب ، والذى يصدر ممن يوجه اليه هذا الايجاب ، حاملا ارادة مطابقـة أو موافقـة لارادة الموجب ، مضمونها الرضاء بالعقد المعروض من قبل الموجب بشروطه التى حددها فى ايجابه • وبتمام هذا القبول ، يتم ارتباط ارادتى العاقدين ، ويتكون العقـــد •

ومن يوجه اليه ايجاب بعقد له حرية الاختيار بين قبوله أو رفضه، وفقا لتقديره لمصالحه المـالية أو الادبية ، وان كان بعض الفقه يذهب الى أنه فى بعض الاحوال ، يبدو من اللازم تقييـد حريته فى رفض التعاقد بعدم التعسف فى هذا الرفض ، مما يعنى ضرورة استناده فى الرفض عندئذ الى أسباب مشروعة(١) •

واذا قرر الموجه اليه الايجاب ، قبوله ، فانه يعبر عن ارادته فى هذا المعنى ، وفقا لقواعد التعبير عن الارادة • والتعبير عن القبول قد

---

(١) ويكون ذلك على الخصوص اذا كان توجيه الايجاب اليه بناء على دعوة منه ، كما فى حال التجار يرسلون النشرات وقوائم الاسـعار الى الجمهور « وكأصحاب الفنادق والمطاعم يفتحون ابوابهم للطـارق وكأرباب الصناعات يدعون العمال الى العمل فى صناعاتهم فاذا استجيبت هذه الدعوة الى التعاقد ، كانت الاستجابة ايجابا يمتاز عما عداه من ضروب الايجاب بأن من وجه اليه لا يجوز له ان يرفضه لغير سبب مشروع » السـنهورى الوسيط ، فقرة ١١٠ .

وقد كان هناك نص فى مشروع القانون المدنى يقضى بأنه « يجوز لمن وجه اليه الايجاب ان يرفضه ، ما لم يكن قد دعا اليه ، فلا يجوز له فى هذه الحالة ان يرفض التعاقد الا اذا استند الى اسباب مشروعة ، وكانت المذكرة الايضاحية لهذا النص تبرر حكمه بأنه « نتيجة للحالة التى انشأها صاحب الدعوة ، بل وتطبيقا من تطبيقات مبدأ جامع هو مبدأ اساءة استعمال الحق او التعسف فى استعماله » ، كما كانت تشير الى ان النص لم يحدد جزاء التعسف فى رفض التعاقد لتترك الحرية للقاضى فى الاختيار بـين التعويض النقدى او اعتبار العقد منعقدا كصورة للتعويض العينى — مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ ٢ ص ٤٥ و ص ٤٦ .

ولكن النص السابق ، حذف اكتفاء بتطبيق القواعد العامة .

يكون تعبيرا صريحا ، أو تعبيرا ضمنيا يؤخذ من أفعال أو أقوال تقتضى ذلك ، كأن يقدم من يعرض عليه شراء منقول أو عقار ، ثمنه الى البائع، أو أن يسأل من يتلقى ايجابا بالبيع أو التأجير ، الموجب عما اذا كان يختار الوفاء بالثمن أو بالاجرة نقدا أو بشيك[1] ، فتقديم الثمن الى من يعرض البيع ، أو سؤاله عن كيفية الوفاء ، لا يفهم الا على أساس قبول العقد المعروض .

السكوت والقبــول :

والتعبير عن الارادة يقتضى بطبيعته ، ســواء أكان صريحا أم ضمنيا ، موقفا ايجابيا ممن يعبر عن ارادته ، ولذا فان السكوت ، وهو موقف سلبى خالص ، لا يعد تعبــيرا عن الارادة ، ذلك أنه لا ينسب لساكت قول كما يقول فقهاء الشريعة الاسلامية . وعدم اعتبار السكوت تعبيرا عن الارادة قول صحيح فى القــانون المصرى ، على اطــلاقه ، بالنسبة للايجاب ، أما بالنسبة للتعبير عن القبول ، فقد قدر القانون أن الظروف التى تحيط بالسكوت قد تغنى ، وفقا للمألوف والمعقول ، عن ابداء القبول والتعبير عنه ، وبالتالى تقتضى افتراض صدور هــذا

---

(١) والبدء فى تنفيذ العقد المعروض على الموجب له ، يعتبر قبولا ضمنيا ، كمن يعرض على شخص ان يقوم بعمل معين لديه ، فلا يرد ويبدأ بأداء العمل ، ولا يثير القبول الضمنى ببدء التنفيذ مشكلة اذا كان التعاقد بين حاضرين ، ولكن ان كان التعاقد بين غائبين ، فسنرى ان العقد ينعقد بعلم الموجب بقبول ايجابه ، ولذا يلزم أن يعلم الموجب ببدء التنفيذ ، حتى يتم انعقاد العقد ، الا اذا تبين ان الموجب يرضى باعتباره منعقدا منذ بدء التنفيذ دون حاجة الى علمه بذلك ، وقد كان هناك نص فى المشروع التمهيدى للقانون المدنى ، يقضى بأنه اذا تبين من ارادة الموجب او من طبيعة التعامل او من مقتضى العرف ان تنفيذ العقد يقوم مقام القبول ، فان العقد يعتبر قد تم فى الزمان والمكان اللذين بدا فيهما التنفيذ . وقد حذف النص عند مراجعة المشروع على أساس ان حكمه من التفصيلات التى لا ضرورة لها — مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٥٦ . ويرى السنهورى ان ابقاء النص كان يؤدى الى بعض الاختلاف فى الحكم عن القواعد العامة — الوســيط ، فقرة ١١٠ .

القبول ، فاذا ما قوبل الايجاب بسكوت من وجه اليه هذا الايجاب فى الظروف التى يكفى السكوت فيها لافتراض تمام القبول ، اعتبر العقد تاما بالتقاء هذا الايجاب بالقبول المفترض المأخوذ من هذا السكوت(١)٠

وقد نص القانون المدنى على الاحوال التى يتخذ السكوت فيهـا أساسا لافتراض القبول ، فى المـادة ٩٨ التى تقضى بأنه « اذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجارى أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحا بالقبول فان العقد يتم ، اذا لم يرفض الايجاب فى وقت مناسب ٠ ويعتبر السكوت عن الرد قبولا اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الايجاب بهذا التعامل ، أو اذا تمحض الايجاب لمنفعة من وجه اليه » ٠

ومن هذا النص يتبين أن السكوت الذى يشير اليه ،ليس « انعدام التعبير انعداما تاما » الذى يفيد الرفض لا القبول ، بل السكوت الذى يدل ، فى ظروفه ، على صدور القبول ، أى الذى يعتبر ، بسبب هـذه الظروف ، موقفا خارجيا يؤخذ منه هـذا القبول ، ونفى دلالة هـذا الموقف ، يقتضى ممن وجه اليه الايجاب ، رفض هذا الايجاب حتى يدفع دلالة سكوته على القبول ، كما تقضى المـادة ٩٨ مدنى(٢) ٠

---

(١) وعلى ذلك فالالتزامات التى تترتب عندئذ ، تترتب على عقـد يتكون من توافق ايجاب وقبول ، ولا يعنى الاكتفاء بالسكوت ، ان الأمـر يتعلق بارادة منفردة .

(٢) ويلاحظ ان النص يجيز الاكتفاء بالسكوت دلالة على القبول ، فى الاحوال التى تدل الظروف فيها على ان الموجب لم يكن ينتظر تصريحـا بالقبول . وانظر نقد هذه الصيغة فى اسماعيل غانم هامش ١ ص ٨٥ ، كما يلاحظ ان السكوت التى تعزى اليه هذه الدلالة ، يجب ان يكون سكوتا يمتد الى ما يجاوز الفترة التى يحتاج اليها من يعرض عليه الايجاب للتروى قبل اتخاذ قراره فى القبول او الرفض .

ويمثل الفقه(١) للصور التى يعد فيها السكوت دليلا على القبول بمـا يأتى :

(أ) أن يسير العرف التجـارى على اعتبار السكوت بمثـابة القبول ،كما فى ارسال المصرف لعميله بيانا عن حسابه لديه طالبا اليه أن يرد باقرار الحساب والا اعتبر سكوته موافقة على هذا الحساب(٢)؛ أو أن تقتضى طبيعة المعاملة قيام السكوت بهذا الدور ، كما لو أرسـل تاجر الجملة « فاتورة » البضائع التى باعها الى تاجر آخر وقد أثبت فيها شرطا لم يسبق اتفاقهما عليه ؛ فسكوت المشترى وعدم اعتراضه على الشرط ، يعد قبولا له .

(ب) أن يكون هناك تعامل سابق بين الموجب والموجب له ، فاذا اعتاد تاجر على طلب بضائع معينة من مورد له ، فلا يرد المورد بالقبول وانما يرسل البضائع مباشرة . واذا أرسل طلبا كالعادة ، فسكت المورد ولم يرد ، كان للتاجر أن يعتبر سكوته قبولا ، ينعقد به العقد ويلزم المورد وفقا له ، بتوريد البضائع المطلوبة .

(جـ) اذا تمحض الايجاب لمصلحة من وجه اليه . فمن يوجب له بهبة ، لا تحمله بأية أعباء ، فلا يرد بالقبول أو الرفض ، يعد سكوته دليلا على قبولها .

٦٠ ــ موافقة القبول للايجاب :

يجب أن يكون القبول موافقا للايجـاب بكل عناصره وشروطه ، فلا يكون قبولا مطابقا اذا انصب على جزء مما يتضمنه الايجـاب دون باقيه ، أو اذا انطوى القبول على تعديل مضمون الايجاب ، والا لم

---

(١) انظر الوسيط للسنهورى ، فقرة ١١٣ .

(٢) وقد قضى بأن انذار شريك لاخر فى ملكية ارض زراعية ، بتسلمه نصيبه والا اعتبر مستأجرا له باجرة معينة ، وسكوت الحائز عن الرد ، يعنى قبوله للاستئجار بالاجرة والشروط المحددة فى الانذار ، انظر منصور ، مذكراته ص ٤٣ .

يكن قبولا مطابقا ، ولم ينعقد به العقد ، فمن يتلقى ايجابا ببيع حديقة ومنزل معا فيقبل بالنسبة للمنزل وحده ، وكذا من يتلقى ايجابا بالبيع بمائة فيقبل الشراء بتسعين فقط ، أو يضيف شروطا من عنده لا يتضمنها الايجاب ، لا يكون قبوله مطابقا للايجاب ، فلا يتم به العقد ، بل انه يعتبر عرضا مبتدأمن جانبه ، أى يعتبر ايجابا منه موجها الى صاحب الايجاب الاصلى ، ويلزم قبوله من طرف هذا الاخير ، ليتم ابرام العقد • وقد نصت المادة ٩٦ مدنى على الاحكام السابقة ، فقضت بأنه « اذا اقترن القبول بما يزيد فى الايجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه ، اعتبر رفضا يتضمن ايجابا جديدا »(١) •

فالقبول المطابق للايجاب ، يجب أن يكون قبولا لكل ما ورد فى هذا الايجاب من عناصر وشروط سواء أكانت عناصر وشروطا أساسية أم لم تكن ، ولكن هذا لا يعنى أنه من اللازم لابرام العقد أن يتم الاتفاق على كل شروط المعاملة سواء أكانت أساسية ، أم مسائل ثانوية ، بل يكفى ، لقيام العقد وتحقق الزامه ، أن يتفق طرفاه على المسائل الجوهرية ، أما المسائل التفصيلية ثانوية الاهمية ، فيمكن ارجاء الاتفاق عليها لوقت لاحق ، على أساس أن الخلاف عليها لا يعتبر ، على أية حال ، خلافا يمنع ابرام العقد(٢) ، وقد نص القانون المدنى على هذا الحكم فى المادة ٩٥ ، وبين كيفية تسوية ما قد يثور من خلاف بين أطراف العقد عند مناقشة هذه المسائل التفصيلية ، فقضى بأنه : « اذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترطا أن

---

(١) والقبول المعدل للايجاب يعتبر رفضا لهذا الايجاب يسقط عن الموجب الالتزام به ، وتعود له حريته فى قبول او رفض الارتباط بالعقد وفقا للشروط الجديدة المتضمنة فى القبول المعدل للايجاب .

(٢) وهذا على فرض أن طرفى العقد واجها الاتفاق على هذه المسائل التفصيلية ، فلم يتوصلا الى اتفاق ، وارجآ ذلك الى وقت لاحق ، اما ان اتفقا على المسائل الجوهرية دون تعرض للمسائل الثانوية فان القواعد القانونية المقررة تكمل اتفاقهما فيما لم يتراضيا عليه عند ابرام العقد .

العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تم ، واذا قام خلاف على المسائل التى لم يتم الاتفاق عليها ، فان المحكمة تقضى فيها طبقا لطبيعة المعاملة ، ولاحكام القانون والعرف والعدالة » ، فاتمام الاتفاق فى الايجار ، على العين المؤجرة والاجرة ، مع الاختلاف على تحمل أجرة الحراسة (أجر البواب) • أو الاتفاق على البيع ، مع الخلاف على تحمل نفقات التسليم ، ثم اعتبار العقد مبرما مع ارجاء الاتفاق على هذه المسائل الثانوية فيما بعد ، يجعل للقضاء ، عند تعذر تسوية الامر باتفاق لاحق ، التدخل لفرض التسوية التى تتفق مع طبيعة المعاملة ولاحكام القانون والعرف والعدالة ، وفقا لنص المادة ٩٥ مدنى •

ضرورة قيام الايجاب وقت التقائه بالقبول :

وحتى يؤدى التقاء القبول المطابق ، بالايجاب ، الى انعقاد العقد ، يجب أن يكون هذا الايجاب مازال قائما ملزما للموجب ، فان صدر القبول بعد زول القوة الملزمة للايجاب ، بسقوطه أو انتهاء أجل الزامه ، أو بعد عدول الموجب عنه عدولا جائزا ، لم ينعقد العقد • فاذا كان التعاقد بين حاضرين ، يجب أن يتصل القبول بالايجاب قبل انفضاض مجلس العقد ، والا سقط الايجاب ، الا اذا كان الموجب قد التزم البقاء على ايجابه مدة من الزمن ، وبشرط ألا يرفضه الموجه اليه الايجاب ، قبل انقضاء هذه المدة • وقد رأينا أن الايجاب الموجه لغائب يقترن بالضرورة بأجل يظل فيه ملزما للموجب ، يقدر بالزمن اللازم لوصول الايجاب الى من يوجه اليه وتلقى رده على هذا الايجاب بالوسائل العادية ، ولذا يجب أن يتصل القبول بالايجاب ، خلال هذا الاجل •

ولكن ما هو الوقت الذى يقال فيه بتمام اتصال القبول بالايجاب، اذا كان التعاقد بين غائبين ، أى اذا كان التعبير عن ارادة كل منهما يحتاج الى بعض الوقت ليصل الى من وجه اليه ؟ وأهمية هذا التساؤل

أن الوقت الذى يحدد لالتقاء الايجاب بالقبول هو الذى يتحدد فيه زمان انعقاد العقد •

ويرتبط بتحديد « زمان » انعقاد العقد فى الصورة السابقة ، تحديد مكان هذا الانعقاد أيضا ، ذلك أن التعاقد بين غائبين يكون بين شخصين يوجدان فى مكانين مختلفين(١) • فاذا تحدد وقت التقاء ارادتهما ، أى وقت انعقاد العقد ، تحدد بذلك أيضا المكان الذى يعتبر العقد قد أبرم فيه •

وقبل أن نتكلم عن تحديد زمان العقد بين غائبين ومكانه ، من اللازم أن نلاحظ ما يأتى :

أولا : أن التعبير عن كل من الايجاب والقبول ، تعبير موجه الى شخص آخر (موجه الى الغير) (٢) وهذا التعبير لا ينتج أثره القانونى الا اذا اتصل بعلم من وجه اليه ، وفقا لما تقضى به المادة ٩١ من القانون المدنى المصرى ، التي تنص على أن « ينتج التعبير عن الارادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه اليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك » ، فالقانون يجعل وصول التعبير الى من وجه اليه أساسا لافتراض علمه

---

(١) ففى التعاقد بين حاضرين لا تثور ، عادة ، مشكلة تحديد وقت انعقاد العقد أو مكانه ، لوجود العاقدين معا فى مكان واحد مما لا يسمح بوجود فاصل زمنى محسوس بين توجيه التعبير من احدهما وبين وصوله الى الاخر .

(٢) ويسميه البعض تعبيرا واجب التسلم ، وهى التسمية المأخوذ بها فى الفقهين الالمانى والفرنسى ، انظر عبد الحى حجازى ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ص ١٤٨ ويفضل اسماعيل غانم تسميته تعبيرا واجب الاتصال ، ص ٩٩ .

ولا يلزم ان يكون التعبير الموجه الى الغير ، تعبيرا عن ايجاب او قبول عقد ، فقد يكون تعبيرا غير تعاقدى ، كالابراء (النزول عن حق شخصى) او انهاء عقد من عقود المدة .

به ، ولكن لمتلقى التعبير أن يثبت أنه رغم وصول التعبير فانه لم يعلم به ، أى له أن ينفى قرينة العلم المأخوذة من وصول التعبير اليه •

وعلى ذلك لا يترتب على الايجاب أثره الا اذا اتصل بعلم من يوجه اليه لقبوله ، فاذا تعذر ذلك ، بسبب موت من وجه اليه الايجاب مثلا ، لا يترتب على هذا الايجاب أثره وهو امكان قبوله لانعقاد العقد(١) • كما أن القبول ، باعتباره تعبيرا عن الارادة موجها الى الغير ، لا ينتج أثره الا اذا اتصل بعلم الموجب ، وقد كان هذا المبدأ أساسا لتحديد وقت انعقاد العقد (ومكانه) كما سنرى فيما بعد •

ثانيا : ان موت من يعبر عن ارادته أو فقدانه الاهلية بعد صدور تعبيره ، لا يؤدى الى سقوط هذا التعبير ، بل يبقى ويترتب عليه أثره بعد الموت أو فقدان الاهلية ، باتصاله بعلم من وجه اليه ، ان كان تعبيرا موجها للغير ، ولكن بشرط ألا يظهر من هذا التعبير أن صاحبه يعلق قيام تعبيره على وجوده شخصيا ، أو التزامه بنفسه ، وألا تكون طبيعة المعاملة تقتضى ذلك • وقد نص القانون المدنى على هذا الحكم فى المادة ٩٢ التى تقضى بأنه « اذا مات من صدر منه التعبير عن الارادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره فان ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الاثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه اليه ، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل »(٢) •

---

(١) ولا يحق لورثة الموجه اليه الايجاب ان يقبلوا الايجاب ، لانه كان موجها الى مورثهم ولم يصل اليه ، فلم ينشأ له حق قبوله ، ولذا لا ينتقل اليهم هذا الحق •

(٢) ويبرر بقاء التعبير بعد وفاة صاحبه او فقدانه الاهلية ، بأن صدور التعبير يجعل له وجودا فعليا مستقلا عن وجود المعبر او وجود ارادته ، فلا يسقط بوفاته أو بفقدان أهليته ، بل يبقى لينتج اثره ، وان فى هذا ضربا من الاخذ بالارادة الظاهرة دون الارادة الباطنة التى تبقى كامنة فى نفس صاحبها وتموت بموته وتزول بفقد أهليته ، أنظر السنهورى ، الوسيط ، فقرة ٨٢ •

ويترتب على ذلك أن وفاة الموجب بعد صدور الايجاب (أو فقدان أهليته) لا تسقط هذا الايجاب ؛ بل ينتج ما يترتب عليه من أثر عند اتصاله بعلم من يوجه اليه ، فيستطيع هذا أن يقبله . ولكن تطبيق نفس القاعدة على التعبير عن القبول ، يؤدى الى القول بأن العقد لا ينعقد بهذا القبول ، لانه لن ينتج أثره ، نظرا لانه لن يتصل بعلم الموجب بعد وفاته . ولكن بعض الفقه يرى أن ورثة الموجب يحلون محله فى العلم بالقبول ، فينعقد العقد معهم ، اذا اتصل القبول بعلمهم فى وقت يكون الايجاب فيه ما زال ملزما(١) ، على ألا تجاوز التزاماتهم بهذا العقد حدود ما تلقوه من أموال عن مورثهم (لان الورثة لا يسألون عن التزامات مورثهم فيما يجاوز تركته التى تلقوها عنه) . أما اذا توفى القابل بعد تعبيره عن القبول ، فان اتصال هذا القبول بعلم الموجب يؤدى الى انعقاد العقد(٢) ، كل هذا الا اذا تبين من التعبير أو من طبيعة المعاملة ، أن العقد لا يقوم الا بين الموجب والقابل شخصيا .

٦١ — وقت انعقاد العقد ومكانه :

تحديد الوقت الذى يتم فيه التعاقد باقتران الايجاب بالقبول ، وكذلك تحديد المكان الذى يعتبر التعاقد حاصلا فيه ، مسألة ذات أهمية من الناحية القانونية ، فتحديد وقت تمام التعاقد مثلا ، هو وسيلة التيقن من أن التقاء القبول بالايجاب ، قد تم فى وقت مازال الايجاب فيه قائما ، كما أنه الوقت الذى تنشأ فيه حقوق المتعاقدين ، فينشأ فيه حق مكتسب ملكية المنقول المعين بالذات ، فى ملكية ثمار هذا

---

(١) وهذا الحكم منصوص فى القانون الالمانى ، انظر اسماعيل غانم ، فقرة ٥٤ والوسيط للسنهورى الموضع السابق ، وهامش ١ ص ٢٠١ .

(٢) ويختلف الفقه حول حق ورثة من يوجه اليه الايجاب فى الحلول محله فى القبول ، ان كان قد علم به ولم يقبله قبل وفاته ، فيذهب البعض الى حقهم فى ذلك ، ولا يوافق البعض الاخر على هذا الحلول ، انظر المراجع والمواضع السابقة .

المنقول ، وحقه فى الثمار يثبت منذ تمام العقد ، كما أن ملكية هـذا المنقول تنتقل اليه منذ ابرام العقد . كما تبدأ من وقت تمام العقـد مدة تقادم الالتزامات المنجزة التى تترتب عليه •

وتحديد وقت ابرام العقد ، يحدد مركز المتعاقدين بالنسبة لمـا يسبقه أو يتلوه من تصرفات طرفيه ، فالطعن بالدعـوى البولصيـة (دعوى عدم نفاذ التصرفات) فى تصرف المدين لا يقبل الا من دائن نشأ حقه قبل ابرام التصرفات المطعون فيه ، والتصرفات التى يبرمها التاجر قبل شهر افلاسه تختلف فى حكمها عن تلك التى يبرمها بعـد شهر الافلاس ، ومن اللازم تحديد وقت ابرام كل عقد ، لمعرفة ما اذا كان قبل أو بعد الواقعة التى تؤثر على مركز أطرافه • وتحديد مكان ابرام العقد ، يرتبط بتحديد وقت ابرامه ، والاحكام القانونية المرتبطة بتحديد مكان العقد أقل من تلك التى ترتبط بوقته أو زمانه ، منها أن القانون الواجب التطبيق على العقد الذى يبرم بين أشخاص يقيمون فى دول مختلفة ، والمحكمة المختصة دوليا بنظر النزاع الذى قد يثور حوله ، قد يتحدد كل منهما على أسـاس المكان الذى يعتبر العقـد منعقدا فيه •

واذا كان التعاقد بين حاضرين فانه لا يثير أية مشاكل فى تحديد وقت انعقاد العقد (أو مكانه) ، ذلك أن التقاء القبول بالايجاب يتم فورا ، فى مجلس العقد ، وكذلك الحال فى صورة التعاقد بالتليفون ، فهو تعاقد بين حاضرين فى الزمان (دون المكان) • أما اذا كان التعاقد بين غائبين ، كما لو تم بالمراسـلة ، أى تبادل الرسـائل بين الموجب والقابل ، وهى صورة معتادة للتعاقد فى المعاملات التجارية ، والمدنية أيضا ، فى العصر الحديث ، بل قد يتم التعاقد بالبرقيات (أو بوساطة رسول) • فى هذه الحال ، حال التعاقد بين غائبين ، يلزم تحديد الوقت الذى يعتبر العقد فيه تاما ، نظرا الى أنه قد يمر وقت طويل نسبيا بين اعلان القبول ووصول هذا الاعـلان الى الموجب ، وعلم الموجب

بهذا القبول • فهل يعتد فى ذلك بوقت اعلان القبول ، أو بوقت علم الموجب بالقبول ، أي هل يعتبر العقد تاما وقت اعلان القبول أم وقت العلم به من الموجب ؟

اختلفت الآراء فى هذا الشأن ، فى القانون الفرنسى ، حيث لا يوجد نص يتناول هذه المسألة ليضع لها حلا تشريعيا يفض الخلاف حولها ، وقد امتد هذا الخلاف الى الفقه والقضاء فى مصر قبل وضع التقنين المدنى الحالى الذى أتى بنص يضع الحل الذى يأخذ به فى تحديد وقت انعقاد العقد ومكانه ، وينهى خلاف الآراء فى هذه المسألة •

والآراء التى ينقسم حولها الفقه فى تحديد وقت انعقاد العقد (ومكانه) اذا كان التعاقد بين غائبين ، أربعة آراء ، فقد ذهب البعض الى أنه بمجرد أن يعلن من يوجه اليه الايجاب قبوله المطابق لهذا الايجاب ، يتم الارتباط بين الارادتين وينعقد العقد (ويسمى هذا الرأى مذهب اعلان القبول) • ولكن البعض الآخر يرى أنه لا يكفى أن يعلن القبول ليتم العقد ، بل يجب أن يوجه هذا القبول الى الموجب حتى يعتبر قبولا لا رجعة فيه ، أى يجب ، لانعقاد العقد ، أن يرسل القابل قبوله الى الموجب (ويسمى هذا الرأى مذهب ارسال القبول) • ولكن فريقا آخر من الفقهاء لاحظ أن من اللازم انتظار وصول القبول الى الموجب ، حتى يقال بالتقاء الارادتين وانعقاد العقد ، على أساس أن القابل يستطيع أن يمنع وصول قبوله الى الموجب ولو بعد ارساله ، مما يقتضى الانتظار ، فى ترتيب أثر القبول ، الى الوقت الذى تتأكد فيه نهائية القبول (ويسمى هذا الرأى مذهب وصول القبول) • وذهب الرأى الاخير الى القول بأن التعبير عن الارادة لا ينتج أثره الا اذا اتصل بعلم من وجه اليه ، ولذا فان العقد لا يعتبر تاما الا منذ علم

الموجب بقبول الايجاب (ويسمى هذا الرأى مذهب العلم بالقبول)(١)•

وهذا المذهب الاخير هو الذى أخذ به القانون المدنى المصرى الحالى(٢) ، فى المادة ٩٧ التى تقضى بأن :

« ١ — يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان وفى الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك •

٢ — ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان والزمان اللذين وصل اليه فيهما هذا القبول » •

وهذا النص واضح فى ترك تحديد وقت انعقاد العقد ومكانه لاتفاق العاقدين ، فان لم يوجد مثل هذا الاتفاق ، ولم يقض القانون بحكم آخر فى عقد خاص ، كان الوقت الذى يتم فيه العقد هو وقت علم الموجب بقبول ايجابه ، وكان مكان انعقاده هو المكان الذى يكون فيه الموجب وقت علمه بالقبول ، ولكن القانون لم يستلزم ثبوت العلم فعلا ، بل جعل من وصول القبول الي الموجب أساسا لافتراض علمه به ، بقرينة غير قاطعة ، أى يجوز اثبات خلاف دلالتها ، فيثبت الموجب

---

(١) والقضاء فى فرنسا منقسم بين مذهبى اعلان القبول والعلم به ، وكان مثل هذا التردد قائما فى القضاء المصرى قبل القانون الجديد ، وكذا كانت الحال فى الفقه المصرى . وان بدا فيه اتجاه ظاهر الى الأخذ بمذهب العلم بالقبول ، وانظر السنهورى ، الوسيط ، فقرة ١٢٨ وفقرة ١٢٩ .

(٢) ويأخذ به أيضا القانون المدنى الالمانى (م ١٣٠) والمشروع الفرنسى الايطالى لقواعد الالتزامات (المادة ١٠٢) . ويأخذ قانون الالتزامات السويسرى بمذهب ارسال القبول (المادة ١٠) وبمذهب اعلان القبول يأخذ القانون المدنى السورى (المادة ٩٨) . المرجع السابق .

عدم علمه بالقبول رغم وصوله اليه لينفى انعقاد العقد منذ وصـول القبـول(١) •

ومذهب العلم بالقبول الذى أخذ به الشارع المصرى ، يتفق مع المبدأ الذى وضعه فى المـادة ٩١ من القانون المدنى ، فى تحديد الوقت الذى ينتج فيه التعبير الموجه الى الغير أثره ، فقد قرر أن التعبير ينتج أثره فى الوقت الذى يعلم به فيه من يوجه اليه ، وأن وصول التعبير قرينة على العلم به حتى يثبت العكس ، كما سبقت الاشارة •

ومذهب العلم بالقبول يكفل حماية كاملة للموجب ، فهو يجعله غير مرتبط بالعقد الا منذ أن يعلم بأن ايجابه قـد قبل ممن وجـه اليه ، أمـا مذهب اعلان القبول فيدافع عنه أنصاره ، على أساس منطقى هو أن اعلان القبول يترتب عليه ارتباط ارادتين متوافقتين ، وبهذا تكتمل عناصر العقد ، ويتم انعقاده ، كما يقولون انه يتفق مـع مقتضـيات التعامل الحديثة خصوصا فى التجارة ، التى تستلزم السرعة فى ابرام الاتفاقات ، وأن عدم استلزام ارسال القبول أو وصوله أو العلم به ، للقول بانعقاد العقد ، يحقق هذه السرعة ، ولكن يلاحظ ، من ناحيـة أخرى ، أنه يجعل الموجب تحت رحمة الموجه اليه الايجاب ولا يحقق له الحماية التى يكفلها الرأى الآخر الذى أخذ به قانوننا(٢) •

---

(١) ويذهب البعض الى أن الموجب لا يستطيع ان ينفى انعقـاد العقد منذ وصل القبول بنفى علمه بهذا القبول رغم وصوله ، بل يجب ان يثبت أيضا ان عدم علمه بالقبول لم يكن نتيجة خطأ منه ، فان كان عـدم علمه بتقصير ، اعتبر عالمـا به منذ وصوله ، انظر عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ١٨٢ بالهامش ، والوسيط للسنهورى ، هامش ١ ص ٢٦٤ واسماعيل غانم فقرة ٧٢ وهامش ص ١٢٧ .

(٢) ويقول انصار مذهب العلم بالقبول ان مصلحة الموجب هى التى يجب الاستهداء بها ، فهو صاحب الارادة الاولى (الايجاب) ، وهو الذى حدد الاثار الرئيسية للمعاملة ، والقبول ليس الا موافقة لهذا الايجاب ، ولذا يجب تحديد وقت انعقاد العقد وفقا لارادة الموجب ، فان لم يبد فيهـا ما يدل على قصد معين ، افترض ما هو اصلح له وهو ان العقد لا يتم الا بعلمه برضاء الطرف الاخر — انظر اسماعيل غانم ، فقرة ٧١ .

ومذهبا اعلان القبول والعلم به ، هما المذهبان اللذان يتمتعان باستقلال وكيان ذاتى . أما مذهبا ارسال القبول ووصوله ، فهما فى الحقيقة صورتان مشتقتان من الرأيين السابقين ، ويرتبط كل منهما بواقعة مادية (ارسال القبول أو وصوله) ، لا يصح أن يكون لها أثر فى تحديد وقت انعقاد العقد ومكانه[1] .

ويلاحظ فى النهاية أن تحديد وقت انعقاد العقد أو مكانه ، وفقا للقواعد السابقة ، أى فى وقت العلم بالقبول وفى مكان هذا العلم ، لا يتصور اذا كان السكوت يصلح تعبيرا عن القبول ، فى الاحوال التى ذكرناها ، ففى هذه الاحوال يعتبر العقد مبرما من وقت علم الوجه اليه الايجاب ، بهذا الايجاب دون أن يرفضه .

الفرع الثانى

التراضى فى صور خاصة

(بعض صور التعاقد)

٦٢ — تمهيد :

بالتقاء الايجاب والقبول ، فى الصورة المعتادة للتراضى ، ينعقد العقد ، ويتحقق بذلك لزوم الآثار المقصودة بارادة كل من طرفيه ، فور تمام العقد ، ولذا يمكن وصف عقدهما عندئذ ، بأنه عقد منجز . ولكن هذه النتيجة ، أى فورية أثر العقد ، ترتبط بارادة العاقدين ، أى تتحقق باتفاقهما ، ولذا يجوز لهما أن يجعلا هذا الاتفاق مقصورا على مجرد التواعد على ابرام عقد فى المستقبل ، بعد تحديد عناصره الجوهرية ، فيكون الاتفاق وعدا بالعقد ، كما قد يضيفان نفاذ التزامهما بالعقد رغم ابرامه فورا ، الى وقت مقبل فيكون نفاذه مؤجلا[2] ، أو يعلقان هذا

---

(١) انظر السنهورى ، الوسيط ، فقرة ١٢٤ وفقرة ١٢٥ .
(٢) وقد يكون الأجل محددا لبقاء العقد ، اى ينقضى بحلوله .

الالتزام على تحقق واقعة محتملة فى المستقبل ، فيكون عقدهما معلقا على شرط يقف نفاذه حتى يتحقق[1] وقد يتفقان على أن اتفاقهما غير لازم ، بمعنى أن يكون لاى منهما أن يرجع فى رضائه ، خلال وقت محدد ، أو نظير مقابل معين ، بل أن الاتفاق على الحق فى الرجوع قد يكون نتيجة التعاقد « بالعربون » دون حاجة الى التصريح به • ومن اللازم التعرض لكل صورة من صور التراضى السابقة ، لمعرفة أحكامها[2] •

---

(١) ومن الممكن ان يكون تحقق الشرط اساسا لزوال التزامهما بالعقد بعد نشوئه منجزا عند التراضى ، ويوصف الشرط عندئذ بأنه فاسخ .

(٢) ومن الممكن ايضا ان يكون التعاقد ، برضاء الطرفين ، مظهرا لا يدل على حقيقة العقد ، ويوصف اتفاقهما الظاهر فى هذه الحال بأنه عقد صورى ، والصورية قد تكون مطلقة اذا كان التعاقد الظاهر لا يخفى وراءه اى عقد حقيقى ، كما لو كان بيعا صوريا يراد به اظهار المشترى كمالك ، على خلاف الحقيقة ، او يراد به ابعاد بعض اموال البائع الصورى عن ضمان دائنيه . وتوصف الصورية بانها نسبية اذا كان العقد الظاهر يخفى عقدا آخر حقيقيا مختلفا عن العقد الظاهر ، فى طبيعته او فى شروطه .

والصورية فى التعاقد ، تتحقق بازدواج فى التعبير عن ارادة كل من الموجب والقابل ، فيصدر كل منهما ، فى نفس الوقت ، تعبيرين متعاصرين ، ومختلفين فى مضمونهما ، احدهما معلن او ظاهر والاخر مستور او خفى ، ويتم التوافق بين التعبيرين الظاهرين ، وبين التعبيرين الخفيين ، وينعقد عقدان ، الظاهر الصورى ، والخفى الحقيقى ، ان كانت الصورية نسبية ، فان كانت مطلقة ، لا يكون هناك الا العقد الصورى ، اما فى الخفاء فليس هناك الا تعبيرات تنفى وجود اى اتفاق .

وستر القصد الحقيقى للمتعاقدين ، بمظهر لا يطابق الواقع ، ليس فى ذاته امرا مخالفا للقانون ، فالقانون لا يعترض على الصورية الا اذا قصد بها هدف غير مشروع ، ولكن العقد الصورى عقد لا وجود له فى نظر القانون ، ولا ينتج اى اثر لانه غير مقصود ، وانعدام وجود هذا العقد ، يثبت بتقريب الاتفاق المخفى من الاتفاق الظاهر وتفسيرهما معا ، لكشف الصورية ، الا انه اذا كان اساس تسوية علاقات طرفى العقد الصورى ، (وخلفهما العام) هو اتفاقهما الحقيقى (المادة ٢٤٥ مدنى) ، فان

=

ومن ناحية أخرى ، قد يتم تبادل الايجاب والقبول فى صـــورة مزايدة أو مناقصة ، مما يثير التساؤل عن مدى انطباق قواعد التراضى فى صورته العادية ، على التعاقد بهذه الطرق ، ويوجب بيان ما تخضع له من أحكام .

ونتكلم عن هذه المسائل فيما يلى :

٦٣ ـ الوعـد بالعقـد :

قد يتفق شخصان على مضمون عمليـــة قانونية ، كبيع مثـــلا ، فيحددان ما يبيعه أحدهما للآخر ، والثمن الذى يلتزم به المشـــترى وطريقة الوفاء بالثمن وغير ذلك من الشروط ، ولكنهما لا يتفقان على ابرام البيع فورا ، لان المشترى لا يصدر قبولا نهائيا ، بل يقرر البائع وحده أنه رضى بالبيع للمشترى بالشروط التى يعرضـــها ، اذا رغب المشترى فى ذلك ، وأعلنه برغبته خلال فترة معينة (كشهر أو سنة أو أكثر أو أقل) ، أما المشترى فلا يقول أنه يقبل الشراء ، وانما يقـــرر فقط أنه يقبل عرض البائع ويتمسك بحقه فى اتمام الشراء ، ان رغب فى ذلك ، خلال الاجل المضروب ، ففى هذه الصورة يوجد اتفاق بين الطرفين ، ولكنه ليس بيعا بل هو وعد بالبيع . وهـــذه الصـــورة من الاتفاق يمكن أن تتحقق بالنسبة لعقـــود كثيرة كالايجـــار والقرض والشركة وغيرها .

فالوعد بالعقد يتم ، باتفاق بين شخصين ، يعد به أحدهما بابرام

=

القانون يحمى الغير (من دائن أو خلف خاص لطرفى العقد) الذى يعتمد بحسن نية على العقد الظاهر ، فيسمح له بالتمسك بالعقد الظاهر الذى يظنه حقيقيا ، ان كانت له مصلحة فى ذلك ، فدائن المشترى الصورى ، حسن النية ، يستطيع ان يتمسك بالشراء الصورى ، لينفذ بحقه على ما يملكه مدينه بمقتضى العقد الصورى (المـــادة ٢٤٤ مدنى) .

والصورية تدرس عادة بين وسائل المحافظة على الضمان العـــام للدائنين ، وسنعود للكلام عنها فى الكتاب الثانى .

عقد معين فى المستقبل خلال مدة معينة ، فيقبل الطرف الآخر هذا الوعد مرجئا اتخاذ قراره بقبول الارتباط بهذا العقد أو رفضه الى وقت لاحق ، لا يجاوز بالنسبة لقبول انعقاد المدة المحددة للوعد ، ولكن المادة ١٠١ من القانون المدنى اذ تعرف الوعد بالعقد بأنه « الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بابرام عقد معين فى المستقبل ... » ، تشير الى أن الوعد بالعقد قد ينطوى على التزام كل من المتواعدين بابرام العقد الموعود به ، فى الاجل المحدد للوعد ، فهى تفترض أن الوعد بالعقد قد يكون من جانب واحد ، فى صورة وعد أحد الطرفين بابرام عقد ، فيقتصر الآخر على قبول الوعد دون التزام بقرار معين فى قبول العقد الموعود به أو رفضه ، كما تفترض أن الوعد قد يكون من جانبين ، فيلتزم الموعود له ، منذ الاتفاق على الوعد ، بقبول العقد الموعود به خلال الاجل المتفق عليه ، ويكون كل من طرفى الاتفاق واعدا وموعودا له فى نفس الوقت .

ولكننا نعتقد أن الوعد المتبادل بالعقد ، لا يمكن أن يكون مجرد وعد بالعقد ، فهو التزام من الطرفين ، منذ التواعد المتبادل ، على الارتباط بالعقد المقصود فى أجل أقصاه نهاية المدة التى يحددانها لتواعدهما ، فاذا كان البائع ، فى المثال الذى ضربناه ، قد تعهد للمشترى بأن يبيعه مالا ، اذا رغب فى ذلك خلال شهر ، ورد عليه الطرف الآخر ، قائلا أنه يقبل هذا الوعد ويلتزم من جانبه بالشراء خلال هذا الاجل نفسه ، فان كلا منهما يرتبط بالبيع والشراء منذ الاتفاق الذى تم ، وان كان البيع مضافا ، فى بدء نفاذه ، الى أجل أقصاه نهاية الشهر الذى التزم المشترى بالشراء خلاله . والواقع أنه لا يتصور مع الالتزام المتبادل باتمام العقد الموعود به ، خلال أجل معين ، أن يكون هناك شىء يطلب الى المشترى أن يقوم به ، خصوصا عند نهاية الاجل، ليعتبر ملتزما بالشراء ، وهو قد عبر ، من قبل ، عن هذا الالتزام ، واذا افترضنا أن المشترى لم يعبر مرة أخرى عن التزامه بالشراء ، حتى انقضى أجل الوعد ، أليس من حق « الواعد بالبيع » أن يعتبر العقد تاما ، وأن يلجأ الى القضاء يستصدر منه حكما باعتبار العقد

قائما ، وفقا لما تقضى به المادة ١٠٢ من القانون المدنى(١) ؟ وإذا كان القضاء يصدر مثل هذا الحكم فان هذا لا يمكن فهمه الا على أساس التزام المشترى بالشراء منذ البداية ، كالتزام البائع بالبيع ، مما يعنى عدم الحاجة الى ابداء رضاء جديد من المشترى ، بابرام العقد ، وهو ما يعنى أن العقد قد سبق ابرامه ، ولذا فاننا نذهب الى أن الوعد المتبادل بالصورة التى عرضناها ، لا يتحقق فيه المعنى الحقيقى للوعد ، فالوعد بطبيعته لابد أن يكون التزاما من جانب واحد فقط من طرفى الاتفاق(٢) : ففكرة « الوعد » نفسها تقتضى أن يكون

---

(١) والمادة ١٠٢ تقضى بأنه « اذا وعد شخص بابرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الاخر ، طالبا تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لقيام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متى جاز قوة الأمر المقضى به ، مقام العقد » ، وسنعرض لحكم هذا النص فى الكلام عن آثار الوعد .

(٢) يأخذ اغلب الفقه الفرنسى بأن الوعد المتبادل بعقد ، ليس وعدا ، وانما هو العقد « الموعود به » ذاته ، ويجد هذا الراى تأييده فى حكم المادة ١٥٨٩ مدنى فرنسى ، التى تقضى بأن الوعد المتبادل بالبيع هو عقد بيع ، انظر مارتى ورينو ، فقرة ١١٣ ، ويبدو ان القانون المصرى رجح رأى القلة من الفقه الفرنسى التى تعتبر الوعد المتبادل ، وعدا بالعقد ، فأخذ بذلك فى المادة ١٠١ ، ولكننا نعتقد مع ذلك ان الوعد المتبادل لا يمكن ان يوصف بانه مجرد وعد ، ما دام الالتزام بالعقد الموعود به ينشأ منذ الوعد ، وما دام قيام العقد الاصلى لا يحتاج الى تعبير جديد عن ارادة كل من المتواعدين ، انظر منصور ، مذكراته ص ٥٦ ، واغلب الفقه المصرى يؤيد ما يقرره نص القانون المدنى من وجود صورة الوعد المتبادل بالعقد ويضرب امثلة تظهر فائدة القول بوجود مثل هذا الوعد المتبادل (انظر اسماعيل غانم ، فقرة ٧٦ وص ١٣٩ وهوامشهما) ، ولكننا نعتقد ان أية فائدة تتحقق بالوعد المتبادل ، يمكن أن تتحقق بالوعد من جانب واحد ، كما ان مارتى ورينو يلاحظان (الموضع السابق) أن الاتجاه الى الوعد المتبادل — على فرض وجود مثل هذا الوعد — امر نادر الحدوث عملا . وقد قضت محكمة النقض المصرية فى ١٩٧٢/٥/٢٥ بأن الوعد المتبادل بالبيع عقد بيع كامل الاركان ولو ارجىء التحديد النهائى لمساحة الأرض المبيعة ، فى الطعن رقم ٤١٧ لسنة ٣٦ ق .

أحد طرفى الاتفاق حرا فى قبول العقد الموعود به أو رفضه ، أى أن يتوقف ذلك على محض رغبته ، فان كان ملزما بالعقد منذ « الوعد » فلسنا نرى كيف يكون مجرد « موعود » بالعقد وليس طرفا فيه(١) .

والوعد بالعقد له فوائده العملية ، فى الاحوال التى يريد فيها شخص ، دون ارتباط من جانبه ، التأكد من أمر قبل الاقدام على أمر آخر ، كشركة تقيم مصنعا فى حدود رأسمالها وحاجتها الحاضرة ، ولكنها تحتاط بالنسبة لحاجتها الى التوسع فى المستقبل ، فتحصل من ملاك الارض المجاورة للمصنع على وعود ببيع ما تقدر احتياجاتها اليه من الارض لهذا التوسع ، أو شخص يرتب القيام بمشروع تجارى أو صناعى مع شخص آخر ذى خبرة ، ولكنه يحتاج الى المال ، فيحصل على وعد من ممول باقراضه ما يحتاج اليه المشروع من مال قبل الاتفاق مع الآخر ، أو أن يدخل شريكا فى المشروع اذا طلب اليه ذلك . أو شخص يستأجر دارا يلزم لها كثير من الاصلاحات فيحصل قبل قيامه بهذه الاصلاحات من المالك على وعد ببيعها له ان رغب فى ذلك خلال مدة الايجار ، وأمثلة أخرى عديدة(٢) .

شروط الوعد بالعقد :

تحدد المادة ١٠١ من القانون المدنى ، الشروط التى تلزم لقيام الوعد ، فهى تقضى بأن الاتفاق على الوعد بالعقد « لا ينعقد الا اذا

---

(١) ولا يمكن الاعتراض على انكار فكرة الوعد المتبادل ، بما جاء فى نص المادة ١٠١ مدنى ، فهذا الانكار لا يعطل تطبيق اى حكم قانونى يرتبط بقيام مثل هذا الوعد المتبادل . وان كان يخالف وصفا لهذا الاتفاق بأنه وعد متبادل ، تعرض له الشارع ، رغم انه ادخل فى عمل الفقه .

(٢) ويلاحظ ان الصور العملية التى تبدو فيها فائدة الوعد بالعقد كلها صور للوعد من جانب واحد . وان كان الفقه يضرب امثلة للوعد من الجانبين (الوعد المتبادل) ، كما اشرنا من قبل ، وانظر السنهورى الوسيط . فقرة ١٣٢ .

عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه ، والمدة التى يجب ابرامه فيها ؛ واذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضا فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بابرام هذا العقد » .

ومن هذا النص يتبين أن الوعد بالعقد يلزم له ؛ بالاضافة الى الشروط التى تلزم فى العقود بصفة عامة ، توافر الشروط الآتية :

(أ) تعيين المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه ، فالوعد بالنسبة للواعد ، التزام نهائى بالعقد الموعود به ولذا يجب أن ينصب وعده على صورة كاملة لهذا العقد : فان كان وعدا بالبيع يجب ، فوق تحديد المبيع ، تحديد الثمن وسائر الشروط الاخرى التى تعتبر أساسية ، فى تحديد التزامات الواعد والموعود له أيضا ، رغم عدم التزام الموعود له ، منذ الوعد ؛ بابرام العقد الموعود به .

(ب) أن تحدد للوعد مدة يلتزم فيها الواعد بوعده ، ويلتزم الموعود له أن يمارس خلالها خياره بين قبول العقد وبين رفضه ، وقد جعلت المادة ١٠١ أهمية تحديد مدة الوعد فى مثل أهمية تحديد العناصر الجوهرية للعقد الموعود به ، ورتبت على تخلف أحدهما « عدم انعقاد الاتفاق على الوعد » ، وبالتالى عدم ترتب أى أثر على هذا الاتفاق باعتباره وعدا بعقد ، ولكن تحديد أجل الوعد قد يكون ضمنيا ، كأن ينصب الوعد على منح منشأة صناعية أو تجارية جناحا فى معرض يفتتح بعد ثلاثة أشهر ان رغبت فى الاشتراك فيه ، دون تصريح بأن أجل الوعد ثلاثة أشهر ، اذ يستفاد تحديد هذا الاجل ضمنا من المدة الباقية على افتتاح المعرض(١) .

---

(١) ولكن ان لم يمكن استخلاص اتفاق ضمنى على مدة الوعد ، لا يمكن افتراض اقترانه بمدة معقولة ، فهذا يخالف ما يظهر فى النص من التشدد فى تحديد اجل للوعد ، قارن اسماعيل غانم ص ١٤١ .

=

(جـ) أن يتم الاتفاق على الوعد ، فى نفس الشكل الذى يستلزمه القانون للتعبير عن الارادة فى العقد نفسه • ويترتب على عدم مراعاة هذا الشكل ، نفس الجزاء الذى يترتب على تخلف أى من الشرطين السابقين ، وهو عدم انعقاد الاتفاق باعتباره وعدا ، وهذا واضح من نص المادة ١٠١ مدنى التى حددت الجزاء فى بدايتها ، ثم حددت الشروط اللازمة للوعد ، والتى يترتب على تخلفها انطباق هذا الجزاء ، بما فى ذلك شرط الشكل(١) • بل ان نص المادة ١٠٢ يشير الى الاهمية الخاصة لشرط الشكل فى الاتفاق على الوعد ، حتى يكون ملزما ، فهى تقرر أنه اذا توافرت شروط الوعد بالعقد « وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل » وحاول الواعد أن يتنصل من وعده ، جاز للموعود له أن يحصل على حكم من القضاء يقوم مقام العقد ، مما يعنى أن تخلف الشكل اللازم فى الوعد ، يترتب عليه عدم قيام الوعد ، وعدم ترتب أثر هذا الوعد على الاتفاق الذى تم(٢) ، كما نرى فى الكلام عن هذا الاثر •

أثر الوعد بالعقد :

أثر الوعد بالعقد يتحدد فى بيان مركز الواعد فى الفترة بين الاتفاق على الوعد وقبول الموعود له العقد الموعود به أو انتهاء أجل الوعد ،

ولا يمكن ان يلتزم الواعد بوعده طول حياته ، ولو صرح بذلك ، لان القانون لا يسمح بالتزام مؤبد ، ولو تصورنا ان القانون اجاز الوعد دون تحديد مدة ، فان التزام الواعد وحق الموعود له ، لا يسقطان الا بالتقادم الطويل (١٥ سنة من ابرام الوعد) .

(١) وان كانت مقتضيات الصياغة قد أوجبت افراد شرط الشكل بفقرة خاصة فى النص ، فان هذا لا يعنى على اية حال استبعاد هذا الشرط ، من انطباق جزاء الشرطين الآخرين على تخلفه .

(٢) وحكم المادة ٤٩٠ مدنى التى تنص على ان الوعد بالهبة لا ينعقد الا اذا كان بورقة رسمية ، مجرد تطبيق للمبدا المنصوص فى المادة ١٠١ ، وقارن اسماعيل غانم ، فقرة ٧٧ .

وكذا فى بيان ما يترتب على ممارسة الموعود له اختياره بين قبول العقد ورفضه . والكلام دائما عن وعد بالعقد ، من جانب واحد .

ويمكن أن نقول ، منذ البداية ، وباجمال ، أن مركز الواعد بالعقد يكون كمركز الموجب الذى يلتزم بايجابه خلال مدة معينة ، وأن مركز الموعود له يكون كمركز من يوجه اليه هـذا الايجاب ، ويترتب على اختياره العقد الموعود به أو رفضه ، أو انتهاء أجـل الوعد دون أن يختار ابرام العقد ، ما يترتب على قبول الايجاب أو رفضه أو انتهاء أجل الزامه قبل أن يقبله من يوجه اليه .

فالواعد منذ التزامه بالوعـد ، واتفاقه مع الموعـود له ، يكون ملتزما بالعقد الموعود به . فهو قد عبر عن رضائه به ، محددا الآثار الاساسية لهذا العقد ، ولذا لا يحتاج ابرام العقد الى أكثر من قبـول الموعود له ، من جانبه ، الارتباط بالعقد المعروض فى الاجل المحـدد ولا حاجة الى أى تعبير أو اجراء من جانب الواعد ، لانعقاد هـذا العقـد .

ولكن ما دام العقد لم يتم ، فان آثاره لا يمكن أن تترتب خلال الفترة التى يقوم فيها الوعد ، قبل أن يقبله الموعود له ، فان كان وعدا بالبيع لا تنتقل ملكية المبيع الى الموعود له ، بل تظل للواعد ولو كانت تنتقل بمجرد العقد (بيع منقول معـين بالذات) ويستطيع الواعد أن يبرم بيع نفس المبيع الى مشتر آخر فتنتقل ملكيته الى هذا المشترى الثانى . ولكن الواعد بالبيع ، يكون عندئذ مخلا بوعده ومسئولا فى مواجهة الموعود له ، مسئولية عقدية ، يترتب عليها الزامه بالتعويض ، ولا يكون للموعود له أن يستند الى ما صدر له من وعـد ليدعى ، فى مواجهة المشترى الثانى ، أى حق على المبيع[1] .

---

(١) واذا كان المشترى سيىء النية ، أى عالمـا بالوعد الصادر من البائع ، جاز للموعود له الرجوع عليه بالتعويض على أساس المسئوليـة

واذا ما عبر الموعود له عن رغبته فى ابرام العقد الموعود به ، فان هذا العقد يتم بالتقاء قبول الموعود له بايجاب الواعد ، وفقا للقواعد التى رأيناها فى التقاء الايجاب والقبول ومنذ هذا القبول ، أى دون أثر رجعى(١) . وانعقاد العقد لا يحتاج الى أى رضاء جديد من الواعد ، ما دام قبول الموعود له صدر مطابقا « لايجاب » الواعد ، وفى خلال الاجل المحدد لقيام الوعد .

واذا مضت المدة التى حددت لقيام الوعد دون أن يقبل الموعود له العقد الموعود به ، سقط التزام الواعد ، كما يسقط التزام الموجب بانتهاء فترة لزومه ، كذلك يؤدى رفض الموعود له اتمام العقد ، وابلاغ الواعد بهذا الرفض ، الى سقوط الوعد ، ولو كان ذلك قبل انتهاء مدة الوعد .

واذا قبل الموعود له العقد ، وتم انعقاده نتيجة لذلك ، فان هذا العقد يصبح واجب النفاذ (فيما لم يتفق على تأجيله من الالتزامات المترتبة على هذا العقد) ، واذا أخل الواعد بأى التزام ناشىء عن هذا العقد ، كان للموعود له أن يلجأ الى القضاء ليستصدر حكما يقرر قيام العقد ، منذ قبوله من الموعود له ، والتزام الواعد بكل آثاره ، وقد نص القانون المدنى على هذا الحكم فى المادة ١٠٢ من هذا القانون التى

التقصيرية . وقد ذهب القضاء الفرنسى ، مؤيدا من الفقه ، الى الحكم ببطلان البيع المخالف للوعد ، فى حال سوء نية المشترى من الواعد ، ولكن كلا من القضاء والفقه لم يستطع تبرير البطلان فى هذه الحال بأساس مقبول . ولم يأخذ القضاء او الفقه فى مصر ، بما اخذ به القضاء او الفقه فى فرنسا ، كما لم يأخذ به القانون المدنى المصرى الحالى . انظر فى الموضوع ، مؤلفنا عن البطلان ، فقره من ٤١ الى ٤٣ .

(١) على خلاف ما لو اعتبر قبول الموعود له « شرطا » واقفا ، فتحقق هذا الشرط يؤدى الى اعتبار العقد مبرما منذ الاتفاق المعلق على الشرط ، اى باثر رجعى .

تقضى بأنه « اذا وعد شخص بابرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الشىء المقضى به مقام العقد »(١) .

---

(١) وقد ذهب بعض الفقه فى تفسير العبارة الاخيرة من النص والتى تقضى بأن الحكم يقوم مقام العقد ، الى أن المقصود بها هو أن الحكم القضائى ينشىء العقد ولا يكشف عن وجوده ، وذلك فى حالة خاصة ، هى حالة اتفاق طرفى الوعد على اشتراط تحرير ورقة رسمية يفرغ فيها العقد الموعود به ، عند اختيار الموعود له ابرامه ، ولو أن القانون لا يستلزم الرسمية فى هذا العقد الموعود بـه ، أما فى الاحوال الاخرى اى حيث لا تشترط الرسمية ، فمجرد القبول من الموعود له ، يؤدى الى انعقاد العقد ، والالتجاء الى القضاء لا يكون الا لمجرد تقرير انعقاد العقد منذ ابداء الرغبة من الموعود لـه . ويفسرون الدور المنشىء للحكم فى حال اشتراط الشكل الرسمى ، بأن الواعد يلتزم ، وفقا للشرط ، بالاشتراك مع الموعود له فى تحرير الورقة الرسمية المطلوبة ، فان نكل كان للموعود له ان يجبره على تنفيذ التزامه عينا بأن يستصدر حكما يقوم مقام العقد مفرغا فى الورقة الرسمية ، وان حكم القاضى عندئذ ينشىء العقد ولا يقتصر على مجرد تقرير وجوده منذ ابداء الموعود له قبوله له . أنظر اسماعيل غانم ، ص ١٤٦ .

ولكننا نعتقد ان نص المادة ١٠٢ ، فى جملته ، لا يقرر حكما خاصا بصورة اشتراط الشكل الرسمى الاتفاقى ، فى العقد الموعود به ، بل هو عام لكل حالات الوعد ، وهو يقرر حق الموعود له الذى يقبل العقد ، فى ان يحصل على حكم من القضاء ، باثبات ابرام هـذا العقـد اى بتقرير وجوده ، بشرط اكتمال كل شروط الوعد ، كما حددتها المادة ١٠١ . اما ما يشير اليه آخر النص من قيام الحكم مقام العقد ، فالمقصود بـه قيام الحكم مقام « السند » اى المحرر الذى يثبت فيه العقد فيما يلزم لـه هذا السند (كالاثبات والشهر وغير ذلك) ، فلفظة العقد المستخدمة فى النص لا تعنى العملية القانونية negotium بل تقصد السند instrumentum والواقع ان التسليم بأن الوعد قائم وملزم باعتباره قبولا نهائيا ، من جانب الواعد ، للعقد الموعود به ، يقتضى القول بأن اشتراط تحرير ورقة رسمية بالعقد الموعود به ، لا يهدف الى غير توفير « سند » رسمى بالعقد .

ويلاحظ ان اشتراط الشكل الرسمى للعقد ، ليس مقصورا على حالة

٦٤ ـ العقد غير المنجز :

العقد الذى يتم به الارتباط ويكون واجب النفاذ فور انعقــاده يوصف بأية عقد منجز ، وهو يختلف فى هذا عن صورة أخــرى من التعاقد يضاف فيها انتاج العقد لاثره ، الى وقت مقبل أى يضاف الى أجل ، كما يختلف عن صورة التعاقد التى يعلق فيها نشوء أثر العقد على واقعة مقبلة محتملة الحدوث ، تسمى الشرط ، فالشرط أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، واحتمال تحقق الشرط أو تخلفــه يجعل قيــام الالتزام بالعقد المعلق على تحققه ، أمرا محتملا هو الآخر ، ونرى فيما يلى ما يترتب على اضافة العقد الى أجل أو تعليقه على شرط ، من الاحكام(١) .

= الوعد بالعقد . فهو شرط جائز فى اى اتفاق . وسنتكلم عنــه فى اقتران التراضى بالشرط . ولكن هذا الاشتراط لا يحيل العقد (او التصرف) من رضائى الى شكلى ، وان كان يوقف تمام العقــد على تحققه اى انه ان اعتبر ، باتفاق العاقدين ، صورة واجبة التحقق لقيام التزامهما بالعقــد فان هذا يعنى انه قبل استكمال هذا الشكل يظل كل منهما حرا فى العدول عن ارادته لان العقد لم ينعقد ، وما دمنا نسلم بقيام الوعد فى حال اشتراط رسمية العقد الموعود به ، فان هذا يعنى التزام الواعد منذ الوعد ، بالعقد الموعود به ولا يكون للرسمية المشترطة اى دور فى نشوء هذا الالتزام . ويجب صرف اشتراط الرسمية فى العقد الموعود به الى انه اشتراط تحرير سند رسمى بالعقد ، كدليل عليه .

كل هذا اذا لم يقم الدليل على ان الواعد قد علق التزامه بالعقــد الموعود به على شرط واقف هو اتمام هذا الشكل الرسمى ، وحينئذ يكون الوعد نفسه غير ملزم للواعد الا اذا تم استيفاء هذا الشكل .

(١) ينظر الى الأجل والشرط عادة على انهما من اوصاف الالتزام ، ويدرسان فى احكام الالتزام ، ولكننا نعتقد انهما وثيقا الصــلة بالتراضى والعقد . فهما لا يلحقان الالتزام الا نتيجــة التراضى عليهمــا ، فاقتران الالتزام بالشرط هو دائما نتيجة للاتفاق على ذلك . أما الأجل ، وخصوصا الأجل الذى يؤخر نفاذ التزامات العقد ، فأغلب صوره نتيجة للاتفاق ، ولا يتقرر بحكم القانون الا فى احوال نادرة (وفى اغلبها يكون اجــلا منهيا =

العقد المضاف الى أجل :

العقد المضاف الى أجل ، هو عقد يتم الارتباط به منذ التقاء الايجاب والقبول ولكن نفاذ هذا العقد يؤجل ، باتفاق طرفيه ، الى وقت لاحق لوقت انعقاده ، والاجل كما تحدد معناه المادة ٢٧١ مدنى ، هو أمر مستقبل محقق الوقوع ، كتاريخ معين ، أو موت انسان (ذلك أن الموت حتمى ، فهو محقق الوقوع ، وان تعذر تحديد وقته)[١] ، فاذا اتفق شخصان على أن يعمل أحدهما لدى الآخر ، على أن يبدأ العمل بعد شهر أو أكثر ، فان كلا منهما يعتبر ملتزما العقد منذ الاتفاق ، ولكن بدء نفاذ هذا العقد ، لا يكون الا بعد الاجل المضروب ، فالاجل يقف نفاذ هذا العقد ، ولذا يسمى أجلا واقفا[٢] وعلى هذا فالتزام العامل بالقيام بالعمل ، والتزام الطرف الآخر بدفع الاجر ، رغم قيامهما منذ العقد لا يبدأ تنفيذهما الا بعد انتهاء الفترة التى يعطل فيها نفاذ العقد ، بالاتفاق (المادة ٢٧٤ مدنى) .

او فاسخا) ، كما ان القضاء قد يمنح المدين اجلا لتنفيذ التزامه ، وفى احوال استثنائية ، بحكم المادة ٣٤٦ مدنى .

وعلى اى حال فنحن لا نتعرض للأجل والشرط فى الكلام عن التراضى ، الا لبيان اثرهما على نفاذ او ترتب اثر العقد ، مما يجعل التراضى المقترن بهما ، من الصور الخاصة للتراضى ، تاركين ما يتناول به الفقه احكام الشرط والأجل الى موضعه من دراسة اوصاف الالتزام .

(١) ويمكن ارجاء نفاذ التزام شخص الى تحقق يساره او مقدرته ، ويكون تحديد هذا الأجل من سلطة القاضى مراعيا موارد المدين وظروفه (المادة ٢٧٢ مدنى) .

وتبين المادة ٢٧٣ الأسباب التى تسقط الأجل ولو كان مقررا بالاتفاق .

(٢) قد يقترن العقد بأجل فاسخ ينتهى بحلوله العقد الذى بدأ منجزا ، كالايجار لمدة سنة مثلا ، فهو يبدأ منذ الاتفاق وينتهى بمرور السنة. ولما كنا نتكلم عن العقد المضاف الى اجل باعتباره عقدا غير منجز ، فاننا لا تناول الأجل الفاسخ ، لأنه يقترن بعقد منجز .

والاتفاق على وقف نفاذ العقد خلال أجل معين ، قد يكون كليا بالنسبة لكل آثار العقد كما فى المثل السابق ، وقد يكون جزئيا بالنسبة لبعض آثاره فقط ، فقد يتم الاتفاق بين بائع ومشتر على تسليم المبيع دون ملحقاته وقيام المشترى بوفاء ثمن هذا المبيع ، دون ثمن الملحقات، فورا ، وتأجيل تسليم الملحقات ووفاء ثمنها الى وقت لاحق ، وقد يكون التأجيل لالتزامات أحد العاقدين دون الآخر ، كما لو اتفق على تسليم المبيع فورا ، مع تأجيل الوفاء بالثمن أو بعضه .

والاجل الذى نشير اليه فى كلامنا عن العقد المضاف الى أجل واقف ، هو أجل يحدد باتفاق طرفى العقد ، وهو الصورة الغالبة للاجل ولكن هذا لا يعنى أن الاجل لا يتقرر ، حتى فى نطاق آثار العقود ، بغير الاتفاق فقد يؤجل نفاذ آثاره فى بعض الاحوال ، بحكم القانون(١) أو بناء على حكم القضاء ، وفقا للمادة ٣٤٦ مدنى(٢) ، ولكن مثل هذا الاجل القانونى أو القضائى ، لا صلة له بالتراضى .

العقد المعلق على شرط :

الشرط واقعة مستقبلة غير محقق الوقوع ، فاذا علق قيام الاتفاق أو ترتب أثره على تحققها ، فان هذا يعنى أن قيام الاتفاق أو نشوء التزاماته يصبح أمرا محتملا هو الآخر ، قد يتحقق أو لا يتحقق ، مع تحقق الشرط أو تخلفه . والشرط الذى يعلق عليه قيام الاتفاق أو نفاذه يسمى شرطا واقفا ، لانه يعطل قيام الاتفاق أو نفاذه حتى يتبين تحققه

---

(١) بأن يصدر المشرع قانونا يمنح المدينين اجلا للوفاء ، فى احوال الحروب ، والازمات الاقتصادية ، وقد صدرت مثل هذه القوانين لمصلحة المهجرين من منطقة قناة السويس ، بعد حرب سنة ١٩٦٧ .

(٢) وهى تنص على انه « يجوز للقاضى فى حالات استثنائية ان لم يمنعه نص فى القانون ، ان ينظر المدين الى اجل معقول او آجال ينفذ فيها التزامه اذا استدعت حالته ذلك ، ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم » .

أو تخلفه • وبجانب هذا الشرط الواقف ، يمكن اقتران الاتفاق بشرط فاسخ ، لا يعوق قيام الاتفاق أو نفاذه فورا . ولكن يترتب على تحققه زوال الارتباط بالعقد ، أى فسخه ، ولذا يسمى شرطا فاسخا • ونحن لا نتعرض فى كلامنا عن ابرام العقـد بالتراضى الا لصـورة الشرط الواقف ، باعتباره الشرط الذى يؤثر على قيام العقد أو نفاذه •

وتعرف الشرط بصورتيه ، أى الشرط الواقف والشرط الفاسـخ (باعتباره من أوصاف الالتزام) ، المـادة ٢٦٥ من القانون المدنى التى تنص على أن الالتزام « يكون معلقا على شرط اذا كان وجوده أو زواله مترتبا على أمر مستقبل غير محقق الوقوع » • وواضح من النص أن الشارع يربط الشرط بالالتزام ، فيجعل تحقق الشرط الواقف لازمـا لوجود هذا الالتزام(١) •

ومن أمثلة الشروط الواقفة التى يعلق عليها الالتزام بالعقد ، أن يتفق شخصان على تأجير سيارة أحدهما للآخر للقيام برحلة فى يوم معين ، ان كان الجو صحوا ، فالايجار معلق على شرط هو مناسبة الجو ، وهو واقعة طبيعية لا دخل للانسان فى تحققها • وقد يكون الشرط أمرا يتحقق بتدخل الانسان كما لو تم الاتفاق بين مالك دار وشخص آخر على تأجير هذه الدار للآخر اذا تزوج ، فزواج المستأجر ، وهو الواقعة التى يعلق عليها العقد ، واقعة تتدخل ارادة المتعاقد فى تحقيقها ، وقد تتدخل فى ذلك ارادة شخص آخر اذا كان الشرط أن يتزوج المستأجر بشخص معين ، اذ يلزم أن يوافق هذا الشخص أيضا على الزواج لتحقق الشرط • ولكن على أى حال لا يجوز أن يعلق الالتزام بالعقد

---

(١) والمشرع المصرى فى جعل الشرط وصفا للالتزام ، يختار ذلك قاصدا ، فهو يشير فى مذكرة المشروع التمهيدى الى انه لم يجعله متعلقا بالعقد او بالتصرف القانونى بوجه عام كما يفعل القانون المدنى الالمانى . مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ ٣ ص ٧ ، مع ان الشرط ، بتسـليم كل الفقه ، لا يرد على الالتزام الا بالاتفاق ، مما يظهر صلته الوثيقـة بالعقد ، وبالارادة بوجه عام .

على محض ارادة المتعاقد الذى يلتزم به ، أى لا يجوز أن يعلق على شرط المشيئة ، لان هـذا يعنى عـدم انصراف الارادة الى الالتزام بالعقد ، كأن يقول مالك الدار لراغب استئجارها أنه يؤجرها له إذا رغب فى أن يؤجرها ، فهذا يعنى أنه لم يقرر تأجيرها حتى الآن ، وتعبيره لذلك ليس تعبيرا باتا يصلح لابرام العقد كما سبقت الاشارة(١) وهذا الحكم يؤخـذ من المـادة ٢٦٧ مـدنى التى تنص على أن الالتزام لا يكون قائما اذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض ارادة الملتزم .

ومعنى الشرط ، باعتباره واقعة غير محققة الوقوع ، يقتضى أن يكون أمرا مستقبلا ، فان كانت الواقعة التى علق عليها العقـد قد تحققت فعلا ، لم يكن العقد معلقا ، بل يكون عقدا منجزا ، فلو وهب أب لابنه دارا اذا تزوج ، وهو لا يعلم أنه متزوج فعلا ، كانت هبـة منجزة ، غير معلقة على أى شرط .

كما أن الشرط الذى يعلق عليه الالتزام بالعقد اذا كان واقعـة مستحيلة الوقوع ، وكانت هذه الاستحالة معلومة من العاقدين ، فان هذا يعنى أنهما لا يقصدان الالتزام حقيقـة(٢) ، وسواء أكان عـدم الامكان فى الواقعة التى يعلق الارتباط بالعقد عليها ، طبيعيا أو قانونيا، فاذا علق الالتزام بالعقد على امتداد النهار دون ليل (فى مصر) ،

---

(١) الفقه (الذى يجعل الشرط وصفا للالتزام) يقول ان الشـرط الارادى المحض ، ان كان متعلقا بارادة المدين يحول دون قيام الالتزام ، ولكنه جائز ان كان متعلقا بارادة الدائن ، كما فى قول مالك الدار لشخص آخر ، أؤجر لك دارى ان رغبت فى ذلك (اى ان رغب الشخص الآخر) ولكننا نعتقد ان هذه الصورة لا تعدو ان تكون ايجابا أو وعدا بالعقـد ، وليست اتفاقا على التأجير ، كما يذهب الفقه الى ان الشرط الارادى المحض ، ولو تعلق بارادة المـدين ، ان كان شرطا فاسخا ، يكون جائزا ايضا ، كما لو تم الاتفاق بين شخصين على تأجير دار ، على ان ينهى احدهما (المؤجر او المستأجر) العقد متى شاء .

(٢) أما ان كانت الاستحالة غير معلومة منهما او من احدهما فيكون هناك غلط قد يؤدى الى البطلان حسب اهمية الشرط .

أو جفاف مياه البحار أو امتناع الانسان عن تناول الغذاء ، وكذا ان علق على زواج شخص بمحرم ، أو حصوله على شهادة دراسية بلا امتحان (فى ظل النظم الحالية التى توجب الامتحان) أو عودة نظام الرق ، فان هذا يكشف عن عدم القصد الى الالتزام فى الحقيقة ، وعلى هذا النحو يجب أن نفهم نص المادة ٢٦٦ مدنى التى تنص على ان الالتزام لا يكون قائما اذا علق على شرط غير ممكن ، هذا اذا كان الشرط واقفا أما ان كان فاسخا ، فمعنى استحالته أن طرفى العقد يهدفان الى الالتزام به دون توقع تحقق الشرط الفاسخ ، ولذا يعتبر الشرط نفسه غير قائم •

ويذهب الفقه الى أن الشرط لابد أن يكون أمرا عارضا بالنسبة للالتزام بمعنى أن يتصور قيام الالتزام بدونه ، أى أنه لا يساهم فى تكوين الالتزام واستكمال عناصره[1] • كما يحرص الفقه على التفرقة بين الشرط كوصف للالتزام ، condition ، والشرط كجزء من مضمون التصرف القانونى أو محتواه clause ، على أساس أن الشرط « كوصف » اذا علق عليه نشوء الالتزام ، واقعة خارجة عن غايات المتعاملين ، ولا يحمل تعليق نشوء الالتزام عليها ، قصداً الى الحصول على مقابل معين ، وبذا لا يدخل فى محتوى التصرف ، على خلاف الشرط كجزء من مضمون الاتفاق ، فهو عبء يقصد مشترطه أن يتحمل به الطرف الآخر كمقابل لالتزامه هو ، فلو قلت أؤجر منزلى لك أن نقلت من القاهرة ، فنقلى من القاهرة شرط بمعنى الوصف ، لانه واقعة لا تمثل هدفا أسعى اليه بالتصرف ولا ألزمك بتحقيقها ، وهو بذلك أمر خارج عن محتوى ارادتى • أما لو قلت أنى أدفع لك مبلغا من المال لو نقلتنى من القاهرة الى بلد آخر ، فهذا ليس شرطا بمعنى

(١) السنهورى ، الوجيز ، فقرة ٩٤٣ ، فاذا كان الشرط عنصرا من عناصر نشوء الحق أو الالتزام ، كان التزاما احتماليا لا التزاما مشروطا ، كاعلان الشفيع رغبته فى الأخذ بالشفعة باعتباره شرطا لتملكه بالشفعة ، فهو ليس شرطا بمعنى الوصف ، وانما هو اجراء يوجبه القانون على طالب الشفعة ، ليتحقق له التملك بها .

الوصف ، وانما نقلى من القاهرة مقابل لما التزم به لك من مال : أهدف بتصرفى الى حملك على أدائه(١) •

واذا كان الشرط كوصف ، بعيدا عن مضمون التصرف وغاية المتعاملين ، فليس من المتصور أن يوصف بالمشروعية أو عدم المشروعية، لان المشروعية ، أو عدمها صفة لا تثبت الا للغاية التى يهدف اليها شخص من الاشخاص ، والشرط كوصف هو أمر خارج عن مضمون الارادة ، فهو واقعة محايدة : لا تدخل فى اطار التصرف القانونى أو غاياته ، ولا توصف بالتالى بالمشروعية أو عدم المشروعية •

ولكن المادة ٢٦٦ مدنى مصرى تنص على أنه اذا كان الشرط مخالفا للنظام العام أو الآداب ، فان الالتزام المعلق على هذا الشرط لا يوجد ، واذا كان الشرط فاسخا فان الشرط نفسه هو الذى يعتبر غير قائم ، الا اذا كان هذا الشرط الفاسخ المخالف للآداب والنظام العام هو الباعث الدافع الى الالتزام ، فلا يقوم الالتزام المعلق عليه أيضا • ونحن نعتقد أن اشارة هذا النص الى عدم مشروعية الشرط تقوم على الخلط بين الشرط بمعنى الوصف ، والشرط كجزء من محتوى التصرف القانونى ، أى بمعنى العبء ، وهذا واضح من الامثلة التى يضربها الفقه للشرط غير المشروع(٢) • فالشرط كواقعة خارجة عن

---

(١) والفرق فى الحكم بين الصورتين انه فى الحالة الأولى يتحقق الشرط بمجرد نقلى ولو لم يكن لك دور فى ذلك ، اما فى الحالة الثانية فلا ينشأ حقك فى الاستئجار الا اذا كان النقل بالجهد الذى بذلته •

(٢) وتنقل هنا الأمثلة التى يذكرها السنهورى ، فى الوجيز ، فقرة ٩٤٢ ، وهى كلها تنطوى على هذا الخلط ، فهو يقول : « ومثل الشرط المخالف للنظام العام ، ومن ثم يكون باطلا ولا يقوم الالتزام الذى علق عليه ، الشرط القاضى على الزوجة الا تتزوج بعد موت زوجها اذا كان الزوج مدفوعا فى هذا الشرط بعامل الغيرة والأثرة ، اما ان رمى الى جعل زوجته بعد موته تتفرغ لتربية اولادها منه فلا يشغلها زوج آخر فالشرط صحيح ، والالتزام قائم ... واذا اشترطت الزوجة المسلمة

—

مضمون التصرف وغايات العاقدين ، واقعة محايدة محتملة التحقق ، فان كانت مستحيلة طبيعيا أو قانونيا ، كان أثر اقتران العقد بها كما وضحناه من قبل ، ولكن لا يمكن أن يكون الشرط مشروعا أو غير مشروع(١) .

واذا أردنا أن نبين طريقة عمل الشرط فى وقف الالتزام بالعقد ، (ان كان واقفا) ، أو فى انهائه (ان كان فاسخا) ، رغم تمام الاتفاق بين المتعاقدين ، وتراضيهما على العقد المعلق على الشرط ، فان ذلك يبدو يسيرا ، ذلك أن تعليق العقد ، أو وقفه ، على تحقق شرط من الشروط يعنى أن كلا من المتعاقدين لا يصدر ارادة نهائية لا يقصد أن يرجع عنها ، بل هو يصدر رضاءه بالعقد متضمنا ، فى نفس الوقت ، حقه فى الرجوع عن الالتزام بهذا العقد ان لم تتحقق الواقعة المحتملة التى تعد شرطا ، أى أن حقه فى الرجوع عن التزامه بالعقد لا يقوم الا اذا تخلف الشرط ، أما ان تحقق ، فان رضاء المتعاقد بالعقد يصبح نهائيا لا رجوع فيه ، ويتأكد التزامه بهذا العقد منذ التراضى عليه(٢) .

على زوجها الا يطلقها ، فان الشرط باطل لمخالفته للنظام العام وللزوج بالرغم من هذا الشرط ان يطلق زوجته لسبب مشروع وفى غير تعنت . ومثل الشرط المخالف للاداب ، ومن ثم يكون باطلا ولا يقوم الالتزام الذى علق عليه ، ان يلتزم شخص نحو آخر بمبلغ من النقود بشرط ان يقوم بعمل غير مشروع ، وكذلك الحكم اذ التزم شخص نحو آخر بمبلغ من النقود بشرط الا يرتكب الشخص الآخر جريمة معينة .. فكل هذه شروط مخالفة للاداب لانها جزاء مادى على القيام بالواجب ، والواجب يتمين القيام به دون جزاء » ، وواضح من الشروط فى الأمثلة السابقة انها « بنود » للعقد أو التصرف تمثل غايات لواضعيها تجعلها قابلة لأن تكون مشروعة أو غير مشروعة .

(١) وبالتالى لا مجال للكلام عن بطلان الشرط غير المشروع أو بطلان الالتزام الذى يقترن به ، مؤلفنا عن البطلان ، فقرة ١٠٨ .

(٢) بشرط الا تكون هذه الواقعة (الشرط) هى محض رغبة الملتزم بالعقد .

وكذلك الحال بالنسبة للشرط الفاسخ ، فاقتران العقد بمثل هذا الشرط ، هو اشتراط لحق العدول ، رغم الالتزام بالعقد فور التراضى ، اذا تحققت الواقعة التى تعتبر شرطا (فاسخا) بعد تنفيذ العقد[١] ٠

والعقد المعلق على شرط واقف ، عقد قائم ، بمعنى أنه يتم بتوافق بين ارادتى طرفيه ولكن الالتزامات التى تنشأ بانعقاده تكون التزامات غير نهائية لانها مهددة بالزوال أى أنها لا تنشأ كأثر لازم للعقد على عاتق من يلتزم تحت شرط ان لم يتحقق الشرط الواقف ، ولذا لا تكون قابلة للتنفيذ جبرا أو اختيارا ، وان كان من الممكن اتخاذ الاجراءات التحفظية التى تكفل هذا التنفيذ اذا تحقق الشرط ٠ وتنص على هذه الاحكام ، المادة ٢٦٨ مدنى التى تقضى بأنه ذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف ، فلا يكون نافذا الا اذا تحقق الشرط ٠ أما قبل تحقق الشرط فلا يكون الالتزام قابلا للتنفيذ القهرى ولا للتنفيذ الاختيارى ، على أنه يجوز للدائن أن يتخذ من الاجراءات ما يحافظ به على حقه ٠

أما العقد المعلق على شرط فاسخ ، فهو عقد قائم ، والتزاماته نافذة ، ولكنها مهددة بالزوال ، ان تحقق الشرط ، وانفك نتيجة لذلك لزوم هذا العقد ٠

وتحقق الشرط الواقف ، يترتب عليه تأكيد الارتباط بالعقد ، واعتبار الالتزام به قائما منذ الاتفاق عليه ، أى بأثر رجعى ، الا اذا تبين قصد المتعاقدين الى غير ذلك ، أو اذا كانت طبيعة العقد لا تسمح بالرجعية[٢] ٠

---

(١) يجوز هنا ان تكون هذه الواقعة هى محض رغبة الملتزم بالعقد فى الغاء العقد ٠

(٢) او اذا اصبح تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد مستحيلا قبل تحقق الشرط ٠

وكذلك الشرط الفاسخ ، له أثر رجعى ، بمعنى أن تحققه يزيل آثار العقد منذ البداية ، الا حيث يتبين انتفاء هـذا الاثر الرجعى ، بحكم الاتفاق أو بمقتضى طبيعة العقد[١] ، كما هى الحال فى الشرط الواقف .

اشتراط شكل للعقد لم يفرضه القانون ، تطبق له على شرط واقف :

قد يتفق المتعاقدان اتفاقا مبدئيا على عقد معين فيحددان التزامات وحقوق كل منهما فى احدى المعاملات ، ولكنهما يتفقان بعد ذلك على ضرورة تحرير اتفاقهما فى وثيقة رسمية (سند رسمى) ، حتى يكون اتفاقا نهائيا ، مما يعنى أنهما لا يتفقان على مجرد اعداد وسيلة لاثبات اتفاقهما بصورة أكيدة ، أو لتحقيق أية مزايا أخرى تترتب على الحصول على محرر رسمى ، كوسيلة للاثبات ، بل يتفقان على أن التزامهمـا النهائى بالعقد لا يتحقق الا اذا تم تراضيهما مرة أخرى أمام موظف رسمى ، فيكون الشكل المشترط هنا ، كما يقول الفقه ، شكل «انعقاد» لا شكل « اثبات » .

ويذهب بعض الفقـه الى أن العقـد الذى يشـترط فيـه شكل للانعقاد ، باتفاق طرفيه ، ولو أن القانون لا يستلزم لانعقاده شكلا ما، يتحول من عقد رضائى الى عقد شكلى ، ولكن الواقع أن شروط التصرف القانونى أو العقد ، التى تلزم لصحته أو قيامـه ، لا يمكن أن يكون مصدرها الاتفاق أو الارادة بل يجب أن يكون أساس استلزامها طلب القانون نفسه ، ولذا فاننا لا نعتقد أن الاتفاق بين أطراف العقد على

---

(١) وقد اشرنا الى هذه الاحكام بايجاز ، على اساس انها تـدرس فى اوصاف الالتزام ، وانظر السنهورى ، الوجيز ، فقرة ٩٤٨ وما بعدها ، واسماعيل غانم احكام الالتزام ، فقرة ١٤٤ وما بعدها .

وانظر فى الموضوع ، رسالة محمد شتا ابو سعد عن الشرط كوصف للتراضى ، القاهرة سنة ١٩٨٠ .

شكل له لا يتطلبه القانون ، لانعقاد العقد ، يحوله من عقد رضائى الى عقد شكلى ، مما يقتضى ألا يكون البطــلان جزاء لتخلف الشــكل الاتفــاقى •

ولكننا اذ ننفى تحول العقد من الرضائية الى الشكلية بالاتفاق ، وننفى بالتالى أن يكون البطلان جزاء عدم اتمام هذا الشكل ، لا نقول بأن العقد ينتج الآثار التى تترتب على ابرامه دون حاجة لاتمام هذا الشكل المشترط • فهذا العقد ، لا ينتج ، فعلا ، الآثار التى تترتب عليه ، قبل أن يعيد طرفاه التراضى عليه ، وفقا للصورة التى اشترطاها، فاذا كانت هذه الصورة هى الرسمية ، كان عليهما اعادة التراضى أمام « الموثق » • والقول بعدم ترتب آثار العقد ، قبل استكمال الشــكل الاتفاقى ، لا يحتاج الى تأسيسه على أنه صار عقدا شكليا وان تخلف الشكل يعنى بطلانه ، بل يكفى أن يفهم الاتفاق على الشكل عندئذ على أنه تعليق العقد على شرط واقف ، هو التراضى عليه بالصورة الرسمية، فاذا اشترط العاقدان هذه الرسمية ، فانهما بذلك يعلقان التزامهمــا النهائى بالعقد على هذه الرسمية • فان لم يتحقق الشرط فان هــذا يعنى بقاء كل منهما غير ملتزم بآثار العقد المقصود ، مادام انعقاده لم يتم بالصورة التى اتفق عليها طرفاه[1] •

---

(١) والاتفاق الرضائى المبدئى يكون ملزما ، فاذا اتفقا فيه عــلى التزامهما بالتراضى الرسمى ، كشكل لانعقاد العقد ، ثم نكل احدهما كان للآخر ان يقاضيه للحصول منه على تعــويض اخلاله بالتزامه باتمــام العقد المتفق عليه ، ولكن لا يمكن عندئذ اعتبــار حــكم القضاء بديــلا للتراضى امام الموثق ، على هذا العقد .

ويذهب كثير من الشراح ، حتى مع قولهم ان العقد يتحول ، بهــذا الاشتراط ، من عقد رضائى الى عقد شكلى ، الى تحديد اثر عدم اتمام الشكل الاتفاقى ، على الصورة التى نقول بها . انظر مؤلفنا عن البطلان ، فقرة ٤٤ وما بعدها وخصوصا ص ١٢٤ .

٦٥ — اشتراط العدول والتعاقد بالعربون :

يمكن أن يشترط أحد المتعاقدين ، أو كلاهما ، عند التعاقد حقه فى الرجوع عن رضائه خلال فترة معينة ، ان انقضت دون أن يمارس حقه فى الرجوع ، كان ارتباطه بالعقد نهائيا ، وقد يتم الاتفاق على حق العدول (أو الرجوع) نظير مقابل متفق عليه ، أو بلا مقابل ، ومثل هذا الاتفاق صحيح ، يبيح لمن ارتبط بالعقد أن يتحلل من ارتباطه ، فى الحدود التى تم الاتفاق عليها(١) •

على أن اشتراط حق العدول ، قد يفترض ، من اقتران التراضى على العقد بواقعة ، تتخذ عادة وسيلة لاشتراط حق العدول ، هى واقعة دفع « عربون » عند التراضى ، فغالبا ما تكون دلالة دفع العربون ، هى اشتراط حق العدول عن العقد ، نظير هذا العربون •

ولما كان الاشتراط الصريح لحق العدول أمرا لا يحتاج فى تحديد حكمه الى بيان ، فاننا نقصر كلامنا عن اشتراط العدول ، على صورة التعاقد بالعربون •

التعاقد بالعربون :

قد يقترن التراضى على عقد من العقود ، بأن يؤدى أحد الطرفين الى الآخر مالا ، علامة على انعقاد العقد • وأكثر ما يكون ذلك فى العقود التى يلتزم أحد طرفيها بمبلغ من النقود ، فى مقابل التزام الآخر بنقل حق أو التمكين من منفعة ، كالبيع أو الايجار ، فيدفع المشترى الى البائع أو المستأجر الى المؤجر ، مبلغا من النقود عند تمام الاتفاق بينهما ، وقد يكون الغرض من أداء هذا المبلغ هو الوفاء بجزء من الثمن فى البيع أو الاجرة فى الايجار ، ولكن هذه الطريقة تستخدم أيضا كوسيلة لتحديد ثمن رجوع أى من المتعاقدين عما اتفق(٢)

---

(١) وهو ما يسمى فى الفقه الاسلامى خيار الشرط ، فان لم تحدد لهذا الخيار مدة ، كانت مدته ثلاثة أيام •

عليه ، أى ثمن عدوله عن العقد ، فيستطيع المشترى أو المستأجر أن يتحلل من ارتباطه بالعقد نظير خسارة ما أداه من « العربون » كما يستطيع البائع أو المؤجر أن يتحلل هو أيضا من ارتباطه بالعقد ، نظير تحمل ما يساوى العربون ، فيرد البائع الى المشترى ما أداه من العربون ، ومثله ، كما يرد المؤجر للمستأجر ما دفعه ويدفع له أيضا ، ما يساويه ، ثمنا لعدوله .

وتحديد دلالة دفع العربون عند التعاقد ، ان كان تأكيدا للعقد وبدءا فى تنفيذ الالتزامات المترتبة عليه ، أو ان كان تحديدا لثمن عدول كل من طرفى العقد عن الالتزام ، مسألة يرجع فيها الى اتفاق الطرفين نفسيهما ، وسواء أكان هذا الاتفاق صريحا ، أم ضمنيا يؤخذ من الظروف[1] ، وعلى الخصوص من العادات المتبعة فى مثل المعاملة التى يتم الاتفاق عليها .

واذا قام الشك فى قصد المتعاقدين من دفع العربون ، فمن اللازم افتراض دلالة له ، أى من اللازم افتراض أنه بدء فى التنفيذ ، أو ثمن للعدول . وقد اختار القانون المصرى هذه الدلالة الاخيرة للعربون[2]، اذا لم يستبن قصد المتعاقدين من دفعه ، فنص فى المادة ١٠٣ مدنى، على أن :

« ١ — دفع العربون وقت ابرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك .

---

(١) واذا كان العربون مبلغا ضئيلا بالنسبة للالتزام باكمله ، كان ذلك مرجحا لاعتباره ثمنا للعدول .

(٢) وبعض القوانين يأخذ بهذه الدلالة للعربون . كالقانون الفرنسى فى المادة ١٥٩٩ . وبعضها يعتبر العربون بدءا فى التنفيذ وتأكيدا للالتزام بالعقد : كالقانون الالمانى فى المادة ٣٣٦ وقانون الالتزامات السويسرى فى المادة ١٥٨ .

٢ ـ فاذا عدل من دفع العربون فقده ، واذا عدل من قبضه رد ضعفه ، هذ ولو لم يترتب على العدول أى ضرر »(١) •

ومن هذا النص يتبين أن دلالة العربون كثمن للعدول لا يؤخذ بها اذا ثبت اتجاه المتعاقدين الى اعتباره بدءا فى التنفيذ ، وبالتالى تأكيدا لابرام العقد والالتزام نهائيا بآثاره • كما يتبين منه أيضا أن تحمل من يعدل من الطرفين بقيمة « العربون » ، ان كان ثمنا للعدول، ليس من قبيل التعويض عن الضرر الذى يلحق الطرف الآخر من هذا العدول ، فالنص يقضى بتحمل من يعدل بقيمة العربون لمصلحة الطرف الآخر ، « ولو لم يترتب على العدول أى ضرر » ، وبغير وجود الضرر لا يمكن القول بوجود « تعويض » فخسارة العربون مقابل للعدول ، لا يتوقف استحقاقه على اثبات أى ضرر من هذا العدول(٢) ، كما أن الطرف الآخر لا يستطيع أن يطالب بما هو أكثر منه ولو أثبت أن العدول الحق به ضررا يفوق قيمة العربون •

وقد تحدد لمباشرة حق العدول نظير العربون مدة معينة ، فان لم تحدد لذلك مدة كان العدول جائزا حتى البدء فى تنفيذ العقد ، فاذا بدأ التنفيذ ، بأن عرض أحد طرفى العقد الوفاء ، وقبل الطرف الآخر

---

(١) وقد نصت المادة ٥٦٣ من القانون المدنى اليمنى فى تنظيم البيع بالعربون ، على ان العربون الذى يدفعه المشترى يعتبر جزءا من الثمن •

بل ان المادة ٥٦٨ تقضى بانه اذا اتفق على انه فى حالة العدول عن الصفقة ، يبقى العربون للبائع ، فلا يصح البيع ، وانظر مؤلفنا عن مصادر الالتزام فى القانون اليمنى ، فقرة ٦٢ •

(٢) وهو بهذا يختلف عن الشرط الجزائى ، اى الاتفاق مقدما على تقدير التعويض الذى يستحقه الدائن عند الاخلال بالتزام ناشىء عن العقد . اذ يجوز تخفيض هذا التعويض اذا تبين انه مغالى فيه بالنسبة للضرر الذى لحق الدائن ، بل يجوز عدم منح الدائن اى تعويض أن لم يصبه اى ضرر من عدم التنفيذ (المادتان ٢٢٣ و ٢٢٤ مدنى) ، كما تجوز زيادة التعويض عن المشترط فى بعض الاحوال •

هذا الوفاء ، كان معنى ذلك تأكيد العقد وزوال حق كل من الطرفين فى العدول عنه ، ولو مع خسارة العربون • واذا تأكد قيام العقد نهائيا فان ما دفع كعربون ، يعتبر وفاء بجزء من التزام من وفاه ، فتحسب قيمة العربون من هذا الالتزام ، فى تقدير وقوع الوفاء الكامل من جانبه •

أما اذا تبين من قصد المتعاقدين أن دفع العربون كان بدءا للتنفيذ ، فيكون العقد نهائيا منذ التراضى ، وملزما لطرفيه وواجب التنفيذ ، وفقا للقواعد العامة •

٦٦ — التعاقد بالمزايدة أو المناقصة :

يتم التراضى ، فى الصورة المعتادة للتعاقد ، نتيجة تفاوض بين طرفين ، ينتهى باتفاقهما بعد مناقشة الشروط المختلفة التى يبرم على أساسها العقد ، وخصوصا ما يلتزم به كل منهما من مقابل لالتزام الآخر • ويسمى التعاقد فى هذه الصورة تعاقدا بالممارسة ، وهى الصورة المتبعة فى أكثر العقود •

ولكن قد يتخذ الراغب فى ابرام العقد سبلا أخرى ، للبحث عمن يتعاقد معه ، وللحصول على أفضل شروط لعقده •

فاذا كان يرغب فى بيع مال من أمواله مثلا ، فانه يعرض رغبته فى البيع عرضا عاما ، أى يطرح البيع فى « مزايدة عامة » ويدعو من يرغب فى الشراء الى تحديد أعلا ثمن يريد الشراء به والتقدم به ، اما فى عرض مكتوب ومغلق ، يفتح ويفحص مع العروض التى قد يقدمها آخرون ، فى يوم محدد (فى مظاريف) ، واما بالحضور يوم المزايدة ، لابداء رغبته فى الشراء محددا السعر علنا ، مع امكان تغيير هذا السعر

بالزيادة ، اذا وجد من يعرض سعرا أعلى من سعره(١) .

واذا كان الشخص يرغب فى الحصول على خدمات ، أو فى شراء سلعة من السلع ، فانه يسعى الى احصول عليها نظير أقل مقابل ، ولذا فانه ان طرح رغبته بصورة عامة ، انما يطرح « مناقصة » يبدى فيها الغير رغباتهم فى التعاقد معه ، بأقل سعر يقبلونه ، ويبدون رغباتهم هذه فى مظاريف مغلقة أو فى جلسة مناقصة علنية ، تحدد لهذا الغرض . ويتم التعاقد عن طريق المناقصة عادة فى التعاقد مع المقاولين أو مع موردى السلع للهيئات العامة أو للافراد .

وطرح مشروع التعاقد فى المزايدة أو المناقصة ، ليس ايجابا بالعقد ، بل هو دعوة للتعاقد لا يتم العقد بمجرد قبولها ، ولو كانت هذه الدعوة قد تضمنت العناصر الاساسية للعقد المعروض (الثمن أو السعر الاساسى للبيع ، أو مقابل الاعمال المطروحة ومقدارها وشروط البيع أو التوريد أو مواصفات الاعمال) . والايجاب بالعقد فى هذه الحال هو ما يرد به الغير على هذه الدعوة الى التعاقد . ويسمى التقدم فى المزايدة أو المناقصة اصطلاحا « بالعطاء » ، وقبول العطاء من جانب من طرح المزايدة أو المناقصة هو القبول الذى ينعقد به العقد(٢) .

---

(١) ومن هنا تسمية هذه الصورة من التعاقد صورة « المزايدة العلنية » فالراغبون فى الشراء يزيدون السعر أو الثمن علنا ، عما سبق عرضه من ثمن أو سعر ، على منظم المزايدة .

ويفرض القانون ان يتم بيع الأموال المحجوزة ، بالمزاد العلنى سواء كانت منقولات أو عقارات ، للحصول على افضل ثمن لها ، وليس هناك ما يمنع من اختيار طريق المزاد فى غير الحالات التى يفرض فيها القانون ذلك ، وفى غير البيع ، كالتأجير مثلا ، للحصول على اعلى ايجار .

(٢) والمسئولية العقدية لمن طرح المزايدة أو المناقصة ، لا تنشأ الا بهذا القبول ، اما قبل ذلك فليس عليه اى التزام للراغبين فى التعاقد معه ، ولذا فالنص فى طرح المزايدة أو المناقصة على ان من يعرضها له الحق فى قبول أو رفض اى عطاء دون ابداء الاسباب ، لا يمكن الاعتراض عليه .

والايجاب الذى يتقدم به صاحب « العطاء » ، فى مزايدة أو مناقصة ، عن طريق المظاريف المغلقة ، ايجاب يقترن بالضرورة بتحديد مهلة يظل فيها ملزما لصاحبه ، هى المدة التى تفصل بين يوم تقديمه واليوم الذى تفحص فيه العطاءات لتحديد أصلحها ، مع اضافة المدة اللازمة لاخطار الموجب بقبول عطائه بعد فتح المظاريف ، أى المدة الكافية لاخطاره برسو المزاد أو المناقصة عليه . ويسقط الايجاب المتضمن فى العطاء بانقضاء هذه المدة ، فان أخطر بقبول عطائه بعد ذلك ، لم يكن ملزما بقبول التعاقد .

أما المزاد العلنى فقد خصه القانون المدنى بحكم فى المادة ٩٩ التى تنص على أنه « لا يتم العقد فى المزايدات الا برسو المزاد ، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلا » . واشارة النص الى أن العقد لا يتم الا برسو المزاد ، تطبيق للقواعد العامة . فالمفروض أن التعاقد بالمزايدة العلنية تعاقد بين حاضرين ، لا ينعقد الا بقبول الايجاب فى مجلس العقد ، وقبول الايجاب فى جلسة المزايدة هو ما يسمى برسو المزاد[1] . أما الجزء الثانى من النص الذى يقضى بسقوط العطاء بأى عطاء يزيد عليه ولو كان باطلا ، فهو حكم مخالف للقواعد العامة ، فالعطاء باعتباره ايجابا موجها لحاضر لا يسقط ، وفقا للقواعد العامة ، الا بانفضاض مجلس العقد . ولذا كان من الممكن ، لولا النص ، اعتبار كل العطاءات المقدمة فى جلسة المزاد « ايجابات » قائمة فى نفس الوقت ، حتى تنتهى هذه الجلسة على أساس أن مجلس العقد لم ينفض ، ولكن الشارع أخذ بسقوط أى عطاء بمجرد تقديم عطاء آخر يزيد عليه ، ولو كان العطاء الزائد باطلا ، مفضلا هذا الحكم على الحكم الذى يؤخذ من القاعدة العامة[2] .

---

(١) ولو كان قبولا ضمنيا ، بارساء المزاد على صاحب احد العطاءات .

(٢) ويفسر اسماعيل غانم هذا الحكم فى ضوء القواعد العامة ،

ويمكن تبرير حكم القانون فى سقوط العطـــاء بأى عطاء لاحق يزيد عليـــه ولو كان باطلا ، بالرغبة فى حماية المزايدين الحقيقيين من العطاءات الصورية التى يهدف مقدموها (متواطئين مع منظم المزايدة) الى مجرد رفع الاسعار ، دون قصد حقيقى الى المزايدة . فلو لم يقرر القانون سقوط العطاء السابق ، لامكن لمنظم المزايدة أن يرسيها على صاحب هذا العطاء السابق ، اذا لم ينسق المزايدون الحقيقيون وراء العطاء الصورى الاخير ، بالزيادة عليه .

على اساس ان مجرد اتجاه القائم بالمزاد الى العطاء الاكبر ، يتطـــوى على رفض العطاء الاقل ، فقرة ٧٤ . ولكن القانـــون لم يستلزم لســـقوط العطاء السابق سوى مجرد تقديم عطاء لاحق ، فلم يشترط اتجاه منظم المزاد الى العطاء اللاحق كشرط للسقوط ، فضلا عن ان استمرار المزايدة « يعنى عدم انفضاض مجلس العقد » .

الفصل الثانى

آثار العقـد (أحكامه)

٦٧ — تقسيم وتمهيد :

اذا تم ابرام العقد وفقا لقواعد القانون ، بأن تم التوافق على ابرامه بين ارادتين صحيحتين بالتقاء القبول بايجاب مازال قائما ، واذا كان التراضى فيه على عقد نهائى ، فلا هو مجرد وعد بالعقد ، ولا هو عقد معلق على شرط واقف ، ولم يشترط فيه حق العدول صراحة أو ضمنا ، فى هذه الحال يقوم العقد ملزما للمتعاقدين الزاما نهائيـا ، يرتبطان بما اتفقا عليه من شروط لا تخالف القواعد الآمرة للقانون ، فتصبح أحكام العقد ، القانون الذى يحكم علاقة طرفيه ، لا يجـوز لاحدهما أن يتحلل من التزامها بارادته المنفـردة ، الا فى الاحـوال الاستثنائية التى يجيز القانون فيها ذلك ، ولذا يقال أن العقد شريعة المتعاقدين ، ومن اللازم تحديد المقصود بهذا القول وبيان ما يرد عليه من استثناءات •

والالتزام بآثار العقد لا يقتصر على المتعاقد ، أى على من يبرم العقد وحده ، بل قد يمتد أثر العقد الى من تربطهم صلة بهذا المتعاقد، كالخلف العام ، والخلف الخاص ، والدائنين فى بعض الآراء ، بل أن من الممكن أن تمتد آثار العقد الى غير طرفيه وخلفهم ، فيجـوز أن يكسب الاجنبى حقا من عقد لم يشترك فيه بنفسه أو بنائبـه ، اذا تضمن العقد اشتراطا لمصلحته ، ولكن لا يجوز من ناحية أخرى أن يلتزم الغير بعقد لم يشترك فيه ، أى لا يعتبر من أطرافه ، وتحـديد نطاق الزام العقد من حيث الاشخاص يقتضى التعرض لتحديد معنى المتعاقد الذى يلتزم بأحكامه ، ومدى انصراف آثار العقد الى غير من يكون طرفا فيه •

والزام العقد لاطرافه (ومن يمتد اليهم أثره) مقصور على موضوعه ، أى المسائل التى يتناولها الاتفاق ، ولذا فان هناك أهمية واضحة لتحديد موضوع العقد (أو محتواه) وهذا التحديد يتم بقواعد التفسير ، التى تعين على كشف مقاصد المتعاقدين ، وبيان طرق تفسير العقد ، وأصول التفسير ، بيان لكيفية تحديد موضوعه •

واذا ثبتت القوة الملزمة للعقد ، بالنسبة لشخص ، بعد تحديد موضوعه ، فان هذا الشخص يلتزم بتنفيذ ما يقع عليه من واجبات بمقتضى العقد ، واخلاله بالتزاماته العقدية يجعله مسئولا أمام صاحب الحق فيها ، مسئولية عقدية أى أساسها العقد ، فيتعرض لذلك لالزامه بالتنفيذ أو بالتعويض ، أو تطبيق الجزاءات الاخرى ، كالفسخ أو غيره من الجزاءات الخاصة بالعقود الملزمة لجانبين • والقوة الملزمة للعقد ، تتضح ببيان أثر اخلال المتعاقد بالتزاماته •

وعلى ذلك فكلامنا عن آثار العقد ، أو أحكامه ، يقتضى أن نتناول المسائل السابقة ، وهو ما نقوم به مقسمين كلامنا فيها الى المباحث الاربعة الآتية :

المبحث الاول : نتكلم فيه عن معنى القوة الملزمة للعقد (مبدأ العقد شريعة المتعاقدين) •

المبحث الثانى : نحدد فيه أثر العقد بالنسبة للاشخاص ، ببيان من ينصرف اليهم أثره •

المبحث الثالث : نتعرض فيه لقواعد تحديد موضوع العقد (أى تفسيره) •

المبحث الرابع : نبين فيه جزاء الاخلال بالتزامات العقد •

المبحث الاول

القوة الملزمة للعقد

(العقد شريعة المتعاقدين)

٦٨ ــ مبدأ العقد شريعة المتعاقدين :

يقصد بهذا المبدأ أن العقد منذ تمامه ، تصبح أحكامه القواعد المنظمة لعلاقة طرفيه بالنسبة لموضوعه ، وبعبارة أخرى تقوم شروط هذا العقد مقام قواعد القانون بالنسبة لطرفيه (١) ، فلا يستطيع أحدهما أن يستقل بتعديل العقد ، أو أن يرجع فيما تعهد به فيه ، ويلزم لاحداث شيء من ذلك أن يتم الاتفاق عليه بين أطراف العقد الا اذا جعل القانون لاحد الطرفين ، فى حالات خاصة ، حقا فى ذلك . وتنص على هذا ، المادة ١٤٧ / ١ من القانون المدنى فهى تقضى بأن « العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله الا باتفاق الطرفين ، أو للاسباب التى يقررها القانون » (٢) .

وتحريم نقض العقد أو تعديله بغير اتفاق طرفيه ، لا يعنى منع ذلك بالنسبة لكل من هذين الطرفين فقط ، بل أنه يقتضى أيضا تحريم ذلك على القضاء ، فالقاضى لا يستطيع أن يعدل من شروط العقد ، أو أن يعفى أى أطرافه من التزاماته ، مادام العقد صحيحا ، ولو كان ذلك بدعوى تحقيق العدالة أو منع الظلم ، فواجب القاضى هو أن يقرر

---

(١) والمادة ١١٣٤ مدنى فرنسى تقرر ان الاتفاقات المعقودة على وجه شرعى تقوم مقام القانون بالنسبة لمن عقدوها .

(٢) واساس اعتبار العقد شريعة المتعاقدين ، هو ما للارادة من دور بارز فى نطاق العقد سبقت الاشارة اليه ، وغلبة الافكار الاجتماعية على الافكار الفردية فى القوانين الحديثة ، لا تزيل دور الارادة فى نطاق العقد ، وان كانت تبرر تضييق مجال سلطان الارادة فى تحديد مضمون الالتزامات التى تترتب على العقد او مداها ، وهى على اى حال لا تمس مبدأ القوة الملزمة للاتفاق ، اذا تم فى حدود القانون .

الحقوق الناشئة عن العقد ، وأن يعين أصحابها على الحصول عليها ، وليس من سلطته أن يجرى تعديلا فى الحقوق والالتزامات التى تترتب على العقد ، الا فى الاحوال التى يقرر القانون له فيها هذه السلطة .

وتطبيق المبدأ السابق يقتضى أن يظل العقد قائما للمدة التى قد يتفق على بقائه فيها ، الا اذا تم الاتفاق بين طرفيه على انهائه أو اذا اشتراط أحد الطرفين حقه فى الانهاء ، فاذا كان العقد عقدا زمنيا (أى عقدا ممتدا) ، ولم تحدد بالاتفاق فترة بقائه ، فان القانون يجعل من حق كل من طرفيه أن يستقل بانهائه ، حتى لا يصير اتفاقا أبديا ، ولو اشترط اتفاق طرفيه لانهائه ، وأصر أحدهما على استبقائه ، كما هى الحال فى عقد الشركة (المادة ٥٢٩ مدنى) أو عقد العمل (المادة ٦٩٤ مدنى) . بل ان بعض العقود تقتضى طبيعته أن يباح لاحد أطرافه أن يستقل بانهائه ولو حددت له مدة ، كما هى الحال فى عقد الوكالة (المادتان ٧١٥ ، ٧١٦ مدنى) ، وفى بعض صور عقد العارية (المادة ٧٢٢ مدنى) . والقانون يسمح للواهب أن ينقض عقد الهبة بعد ابرامه ، وبعد تنفيذه ، فالهبة قابلة للرجوع فيها ، ما لم يقم مانع من موانع الرجوع التى حددها القانون (فى المواد ٥٠٠ و ٥٠١ و ٥٠٢ من القانون المدنى) .

وهناك أحوال محددة ، يسمح فيها القانون للقاضى بأن يعدل شروط العقد ، من ذلك ما تنص عليه المادة ٢٢٤ من القانون المدنى من حق القاضى فى تعديل الاتفاق فى العقد على تقدير التعويض الذى يستحقه أحد المتعاقدين اذا أخل الآخر بالتزامه الناشىء عن العقد (الشرط الجزائى) ، لتحقيق التناسب بين قيمة التعويض المشترط والضرر الحادث من الاخلال ، ومنه أيضا ما تنص عليه المادة ٧٠٩ مدنى من حق القاضى فى تعديل أجر الوكيل ، وما تنص عليه المادة ١٤٩ من سلطته فى تعديل الشروط التعسفية فى عقود الاذعان .

بل ان المادة ١٤٧ مدنى ، التى تضع مبدأ القوة الملزمة للعقد ،

تورد فى فقرتها الثانية استثناء على هذا المبدأ ، بتقرير حق القاضى فى تعديل الالتزامات الناشئة عن العقد بسبب ما يطرأ من حوادث أو ظروف تجعل تنفيذ الالتزامات ، كما حددها الاتفاق ، مرهقا للمدين بها ارهاقا شديدا ، وهو الاستثناء الذى أخذ به القانون المصرى تطبيقا لنظرية الظروف أو الحوادث الطارئة التى نتعرض لها هنا ببعض التفصيل •

وقبل أن نتكلم عن نظرية الحوادث أو الظروف الطارئة وتطبيقها فى القانون المصرى ، نلاحظ أن التزام العاقدين بقانون العقد ، يجب أن يكون كالتزامهما بقواعد القانون ، وفقا لمبدأ حسن النية ، فيجب أن يقوم كل طرف فى العقد بتنفيذ التزاماته وفقا لما يقضى به حسن النية(١) ، فاذا تعهد شخص بنقل بضائع أو منقولات دون أن تحدد لذلك وسيلة معينة ، كان عليه أن يختار لهذا النقل أنسب الوسائل لنوع البضائع وأكثرها أمنا ، واذا عقد شخص تأمينا ضد الحريق واندلعت النار فى الشىء المؤمن عليه ، يجب على المستأمن أن يمنع تفاقم الحريق ليضيق من نطاق الضرر ، بقدر امكانه ، لتقليل مقدار التعويض الذى تلتزم به له الشركة المؤمنة ، ومستأجر الدار يجب عليه أن يخطر المؤجر بكل ما يظهر من عيوب خطيرة فيها يحسن التعجيل باصلاحها والا زاد الضرر منها ، ولو كانت نفقات الاصلاح على المؤجر • وهذا يعنى أنه يلزم أن يقوم التعاون بين المتعاقدين فى تنفيذ العقد ، وتخلف أى منهما عن التعاون ، يعد سوء نية من جانبه يجعله مخطئا ، وبالتالى مسئولا عن تعويض ما يترتب على هذا الخطأ من أضرار للمتعاقد الآخر(٢) • وتنص على ضرورة التزام حسن النية فى تنفيذ العقد ،

---

(١) فى القانون الرومانى كانت هناك تفرقة بين عقود « حرفية التنفيذ » وعقود « حسن النية » ، وكانت للقاضى بالنسبة لعقود حسن النية سلطات لم تكن له بالنسبة للعقود الحرفية ، منها سلطته فى تفسيرها وفقا للنية المفترضة لاطرافها ، ومنع وقوع اى غش فى تنفيذها — انظر مونييه : القانون الرومانى ج ٢ ، فقرة ٩٤ .

(٢) انظر أمثلة اخرى على وجوب التعاون بين العاقدين ، فى السنهوري ، الوسيط ، فقرة ٤١٣ .

المـادة ١٤٨ من القانون المدنى التى تقضى بأنه « يجب تنفيذ العقد طبقا لمـا اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية » •

٦٩ ــ تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة :

تقضى المـادة ١٤٧ مدنى فى فقرتها الثانية بعـد أن قررت فى فقرتها الاولى أن العقد شريعة المتعاقدين ، بأنه « اذا طرأت حـوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وان لم يصـبح مستحيلا ، صـار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى تبعا للظروف ، ومع الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » •

وهذا الحكم يتضمن الاخذ بنظرية تسمى نظـرية الظروف أو الحوادث الطارئة ، ينادى أنصارها بأنه فى العقود المتراخية التنفيـذ أى التى يمتد تنفيذها فى الزمان ، كعقد التوريد ، اذا طرأت ظروف استثنائية غير متوقعة تجعل تنفيذها بالصورة التى تم الاتفاق عليهـا مرهقا ومؤديا الى الحاق خسارة فادحة بأحد المتعاقدين ، يجب أن تباح اعادة النظر فى الالتزامات المترتبة على العقد ، لتعديلها بما يرفع الارهاق ويحول دون الخسارة الفادحة ، واعتبار التعديل ، فى هـذه الظروف ، استثناء على مبدأ القـوة الملزمة للعقـد ، واعتباره شريعة المتعاقدين • فاذا اتفق فى عقد توريد سلعة لمدة سنة على سعر معـين لوحداتها ، ثم وقعت حوادث استثنائية غير متوقعة وقت ابرام العقد ، كحرب ، أو كارثة طبيعية رفعت سعر السلعة رفعا فاحشا ، وجبت اعادة النظر فى السعر المتفق عليه لزيادته بما يحول دون أن يصير تنفيذ عقد التوريد سببا لخسارة فادحة تلحق المتعهد بالتوريد •

ولم يتقبل فقه القانون المدنى هذه النظرية التى تخل ، فى نظره ، بمبدأ أساسى من مبادىء تنظيم العقد ، وهو أنه يكون شريعة المتعاقدين

حتى يتم اتفاقهما على تعديله(١) . ولكنها نجحت ولاقت قبولا فى فقه القانون الادارى الفرنسى ، بعد أن طبقتها أحكام مجلس الدولة الفرنسى ، منذ الحرب العالمية الاولى ، وقد عدل أول أحكام مجلس الدولة عقد التزام احدى شركات توريد الغاز (شركة غاز مدينة بوردو) ، برفع سعر التوريد ، بعد أن ارتفع سعر الفحم الذى يستخرج منه الغاز بسبب الحرب ، ارتفاعا جعل توريد الغاز بالسعر الوارد فى عقد الالتزام ، مهددا لشركة بالافلاس التام ، وبالتالى مؤديا الى توقف توريد الغاز تماما ، وهو الامر الذى تترتب عليه مخاطر وأضرار تفوق فى جسامتها كل مخاطر وأضرار تنتج من رفع سعر توريد الغاز ، لان التمسك بقانون العقد سيؤدى الى توقف مرفق من المرافق العامة ذات الاهمية الكبرى(٢) .

وقد دعا بعض الكتاب الى تطبيق النظرية فى نطاق القانون المدنى(٣) ولكن القضاء الفرنسى ، وكذا القضاء المصرى ، قبل القانون

---

(١) ويرى الفقه ان نظرية الظروف الطارئة ترجع الى القانون الكنسى الذى كان يحرم الغبن سواء عند ابرام العقد او عند تنفيذه ، وبررت ذلك بفكرة بقاء الظروف على حالها ، التى تعنى ان احترام القوة الملزمة للعقد ، لا يفرض الا مع بقاء الظروف التى ابرم فيها ، والا وجب تعديله ليصير متفقا مع الظروف التى طرأت بعد ذلك — وقد واجه فقهاء الشريعة الاسلامية فرض تغير ظروف العقد ، وأخذوا بأحكام تتفق مع نظرية الظروف الطارئة فى القوانين الحديثة — انظر رسالة جمال الدين العاقل ، المقدمة لكلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر عن نظرية الظروف الطارئة فى الفقه الاسلامى سنة ١٩٧٢ .

(٢) ومما عاون على قبول النظرية فى القانون الادارى الفرنسى ، عدم تقيد القضاء او الفقه الادارى بنصوص كنصوص القانون المدنى ، تتضمن مبادىء عامة واحكاما تفصيلية .

(٣) انظر اشارة الى آرائهم فى الوسيط للسنهورى ، فقرة ٤١٧ .

وفى النظرية : مؤلف حسب الرسول الشيخ الفزارى : اثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدى فى القانون المقارن ، القاهرة ١٩٧٩ (رسالة دكتوراه مقدمة لحقوق القاهرة) .

المدنى الحالى ، ظلا على رفضهما للنظرية ، تمسكا بمبدأ القوة الملزمة للعقد •

ولكن القانون المدنى الحالى ، محتذيا مثال بعض التقنينات الحديثة(١) ، أخذ بنظرية الظروف الطارئة ، فى المادة ٢/١٤٧ التى نقلنا نصها ، فأورد بذلك استثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد ، وأن كان أحاط تطبيقها بشروط تحول دون أن يصبح تطبيق النظرية وسيلة للمساس باستقرار العقود ، كما ترك للقاضى حرية واسعة فى قبول تعديل العقد ، أو رفض هذا التعديل ، وكذا فى تحديد مدى التعديل ، فى ضوء ظروف كل حال ، حتى تظل النظرية دائما فى حدود الحاجة اليها ، لتحقيق العدالة بالنسبة للطرف المرهق ، مع عدم الاخلال بالمصالح المشروعة للطرف الآخر •

شروط تعديل العقد بسبب الحوادث الطارئة :

يمكن تحديد الشروط التى يبيح بها القانون المصرى تعديل العقد بسبب الحوادث الطارئة ، بأنها ثلاثة :

الاول شرط لم يذكره نص المادة ١٤٧ — ٢ ، وهو أن يكون العقد متراخى التنفيذ •

الثانى : أن يكون الحادث الطارىء حادثا استثنائيا ، عاما وغير متوقع •

الثالث : أى يؤدى هذا الحادث الى جعل الالتزام مرهقا ، ومهددا المدين بخسارة فادحة •

الشرط الاول : هو شرط تقتضيه ضرورة مرور فترة بين ابرام العقد ووجوب التنفيذ يمكن أن يطرأ فيها الحادث الاستثنائى • ولكن

---

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٢ ، ص ٢٨٠ •

هذا لا يعنى أن العقد الذى تنطبق فيه نظرية الظروف الطارئة يجب أن يكون عقد مدة ؛ بل يكفى أن يكون التنفيذ فيه مؤجلا ولو كان العقد فوريا . ولذا قيل أن الشرط هو أن يكون العقد متراخى التنفيذ أى ألا يكون التنفيذ واجبا فور ابرام العقد(١) . فاذا كان التنفيذ واجبا فور ابرام العقد ، ولكن المدين بالالتزام الذى صار مرهقا هو الذى تأخر فى الوفاء تقصيرا منه ، لا يستطيع هذا المدين أن يستند الى خطئه واهماله ، بالتأخر فى الوفاء ، ليطالب برفع الارهاق الذى لحقه نتيجة ما طرأ من حادث فى فترة تأخره . والتنفيذ يكون متراخيا ، بحكم طبيعة العقد ، فى عقود المدة ، ولذا فان هذه العقود ، مجال خصب لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، ولكن العقود الاخرى التى يستغرق التنفيذ فيها زمنا ، كالمقاولة ، أو العقود التى يؤجل التنفيذ فيها بالاتفاق ، ولو أنها عقود فورية ، تعتبر متراخية التنفيذ ، تطبق فيها النظرية أيضا .

الشرط الثانى : أن يطرأ حادث استثنائى عام وغير متوقع ، فالحادث الذى يبرر تعديل العقد بسبب ما ينشأ عنه من ارهاق للمتعاقد يجب أن يكون حادثا استثنائيا ، أى حادثا غير مألوف ، لا يقع عادة ، فموجات البرد المعتادة فى الشتاء حادث مألوف ، وما ينشأ عنها من أضرار لزراعات الخضر لا يمكن أن يعد ظروفا استثنائية تؤثر على التزام متعهد بتوريد الخضروات ، ولكن موجة صقيع غير مألوفة ، فى شدتها وفى امتدادها ، يمكن أن يتحقق فيها وصف الحادث الاستثنائى . والحادث يجب أن يكون حادثا عاما ، فالظروف الخاصة بالمتعاقد ، ولو أدت الى صعوبة تنفيذ التزاماته ، لا تجيز تعديل هذه الالتزامات .

---

(١) يقول السنهورى فى الوسيط ، فقرة ٤٢٠ ، انه اذا كان العقد غير متراخى التنفيذ ، وطرأت مع ذلك الحوادث الاستثنائية عقب ابرامه مباشرة ، وان كان ذلك لا يقع الا نادرا ، فليس يوجد مانع من تطبيق النظرية ، ولذلك آثر القانون المصرى ان يسكت عن شرط التراخى فهو شرط غالب ، لا شرط ضرورى .

فتعرضه لخسارات جسيمة فى معاملات أخرى ، أو حلول كوارث خاصة به كسرقة أمواله ، أو تلف زراعاته لاسباب خاصة ، أو احتراق ممتلكاته ، كل هذا حوادث خاصة لا تؤخذ فى الاعتبار لاباحة تعديل التزامات العاقد • ومن اللازم أخيراً أن يكون الحادث الطارىء غير متوقع ، أى ألا ينتظر حدوثه وفقا للتقدير المعتاد(١) ، كحرب تنشب فجأة ، أو قانون يصدر بتسعير سلعة أو بتقييد التعامل فيها ، دون أن تدل على ذلك علامة قائمة وقت التعاقد • وعلى ذلك فمن يتعاقد على توريد سلعة مستوردة من الخارج مع قيام نذر حرب تهدد بقطع المواصلات وارتفاع أسعار السلع المستوردة أو فرض القيود عليها ، لا يستطيع (الا اذا كان قد اشترط ذلك) أن يطلب تعديل التزاماته اذا صارت مرهقة بقيام الحرب • لان هذه الحرب كانت متوقعة عند ابرام العقد ، وكان عليه أن يحتاط لاحتمالها فى شروط التعاقد(٢) • وينفى عن الحادث الطارىء وصف عدم التوقع أن يكون طرفا العقد قد ضمنا اتفاقهما بندا ينظم مواجهة هذا الحادث اذا وقع ، ويكون أثر الحادث عندئذ محكوما باتفاق العاقدين لا بأحكام القانون •

الشرط الثالث :

أن يؤدى الحادث الى جعل التزام المتعاقد مرهقا بحيث يهدده بخسارة فادحة ، فالحادث الطارىء الذى يجيز تعديل الالتزام لا يجعل التزام المتعاقد مستحيل التنفيذ والا كان سببا لانقضاء هذا الالتزام(٣) ، وانما يتركه ممكنا مع آثار بالغة الشدة على

---

(١) فالتوقع او عدمه لا يقدر بالنظر الى المتعاقد نفسه ، بل بالنظر الى المتعاقد المعتاد ، أى يحكم عليه بمعيار موضوعى لا ذاتى .

(٢) ولكن يمكنه ، ان توافرت لمصلحته شروط الطعن بالغلط ، ان يطعن به على اساس جهله باحتمالات الحرب وعلى اساس انه لولا ذلك لما قبل التوريد بهذه الشروط .

(٣) واذا استحال التنفيذ مؤقتاً ، كان يكون الالتزام بعمل يؤديه المتعاقد شخصيا ، ومرض مرضا يقعده عن القيام به ، وبعد أن عادت اليه قدرته على التنفيذ كان هذا التنفيذ قد صار مرهقا له ، جاز له ان يطلب تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، اذا عاد الدائن الى المطالبة بالتنفيذ .

ذمة المدين ، تتمثل فى خسارة كبيرة تفوق ما يمكن أن يتحمله متعاقد فى مثل المعاملة التى أبرمها ، فالخســـارة التى تترتب على الحـــادث الطارىء يجب أن تكون فادحة ، كما يصرح بذلك نص المادة ٢/١٤٧ مـــدنى •

والعبرة فى تقدير وجود الخســـارة وفداحتها ، هى بالنظـــر الى الصفقة التى تمت بالعقد ، وبالنظر الى ظروف التنفيذ المعتادة ، فتعتبر الخسارة فادحة ولو كان مجموعها لا يمثـــل الا نسبة قليلة من ثروة المتعاقد ، مادامت تعتبر كذلك بالنظر الى الصفقة المعقودة ، كما تعتبر الخسارة متحققة مادامت تظهر من حساب قيمة الالتزام بعد الظروف الجديدة ، ولو كانت الظروف الشخصية للمتعاقد تمكنه من تجنب هذه الخسارة ، كما لو كان قـــد تعهد بتوريد قمح ثم ارتفع سعره ارتفاعا كبيرا نتيجة لتسعيره ، ولكنه كان يملك مزرعة أنتجت كمية من القمح تكفى لتنفيذ التزامه بالتوريد • ذلك أن توافر هذه الكمية لديه لا يحول دون تمسكه بتطبيق نظرية الظروف الطارئة لتعديل التزامه بما يرفع الارهاق الذى يترتب على تنفيذه ، وفقا للاتفاق ، لو لـــم يكن يملك القمح المتعهد بتوريده •

سلطة القاضى فى تعديل العقد :

اذا توافرت شروط الحادث الطارىء جاز للقاضى ، كما يقول نص المـــادة ٢/١٤٧ ، تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ، ولم يحدد الشارع للقاضى الطريقة التى يجرى بها رد الالتزام الى الحد المعقول أو الحدود التى يعمل فيها توصلا الى هذه الغاية ، ولذا فللقاضى فى ذلك سلطة اختيار الوسيلة التى تحقق هـــذا الهدف مراعيا الظـــروف ، مع الموازنة بين مصلحة الطرفين • ولكن من الواضح أن سلطة القاضى لا تصل الى حد اعفاء المتعاقد من التزامه ، فهذا الاعفاء يعنى حمايته من أية خسارة ، واباحة تعديل العقد فى حال الظروف الطارئة لا تهدف الا الى حمـــاية

الملتزم من فداحة الخسارة التى ترتبت على الحادث الطارىء ، مع ابقاء الالتزام • وعلى ذلك يجوز للقاضى أن ينقص من كم محل التزام المدين تخفيفا للارهاق الذى يلحق به من تنفيذه ، فاذا كان يلتزم بتوريد مائة وحدة من السلعة التى ارتفع سعرها ارتفاعا باهظا ، يستطيع أن ينقص ما يلتزم به الى خمسين ، كما يجوز له أن يزيد المقابل الذى يلتزم به المتعاقد الآخر مع بقاء كم الالتزام كما هو ، فاذا ارتفع سعر السلعة الملتزم بتوريدها بسعر هو جنيهان ، الى ستة جنيهات ، يستطيع القاضى أن يرفع سعر التوريد الى أربعة جنيهات ، كما يجوز للقاضى أن يعفى المدين من بعض الالتزامات الثانوية ، بأن يجعل نفقات النقل على حساب الدائن بعد أن كانت على المدين ، وقد يجمع القاضى بين عدة وسائل مما سبق • كما يمكن أن يكون ما يأمر به القاضى هو تأجيل التنفيذ حتى تزول صعوباته ، اذا كان ذلك لا يفوت الغرض من الصفقة على الدائن •

وهدف القاضى من أى أمر يقرره يجب أن يكون تخفيف الخسارة الفادحة عن المدين ، وتوزيع عبء الارهاق الذى يترتب على الحوادث الطارئة بين طرفى العقد ، وليس اعفاء المدين اعفاء كاملا من عبء هذه الحوادث(١) •

وفى النهاية نلاحظ أن الحماية التى قررها القانون للمتعاقد بنص المادة ٢/١٤٧ ، من النظام العام ، فقد قرر الشارع فى ذات النص أنه لا يجوز حرمان المتعاقد من طلبها اذا توافرت شروطها ولو نزل عن

---

(١) واذا كان القاضى لا يستطيع ان يحكم بفسخ العقد كوسيلة لازالة عبء الحادث الطارىء فان بعض الفقه يرى ان من حق الدائن اذا لم يقبل تعديل الالتزام (التزام المدين أو التزامه المقابل) ان يطلب فسخ العقد بلا تعويض ، وان القاضى يجيب هذا الطلب عندئذ على اعتبار انه لا محل لأن يفرض تعديل العقد على الدائن ، اذا كان ما يعرضه حلا كاملا للمشكلة ، لأن الفسخ يعفى المدين من الخسارة المترتبة على الحادث الطارىء اعفاء كاملا ، انظر اسماعيل غانم ، فقرة ١٥٧ .

الحق فى ذلك بشرط فى الاتفاق ، فالنص يقضى بأن يقع باطلا كل اتفاق على خلاف حكمه[١] •

المبحث الثانى

أثر العقد بالنسبة للأشخاص

٧٠ ــ تمهيـــد :

العقد ، كما سبقت الاشارة ، رابطة تنشـأ بين طرفيه ، ولذلك فالاصل أن ما ينشأ عن هذا العقد من واجبات أو حقوق ، مقصـور على هذين الطرفين ، وهذا ما يجرى التعبير عنه عادة بنسبية أثر العقد من حيث الاشخاص •

الا أنه لا يقصد بطرفى العقد ، العاقدان وحدهما ، بل يمكن أن يعتبر كالطرفين ، من حيث انصراف أثر العقد اليهم ، من يعتبرون خلفا لهما ، سواء أكانوا خلفا عاما أو خلفا خاصا[٢] •

ورغم أن أثر العقد ، بحسب الاصل ، مقصور على طرفيه بهذا المعنى الواسع ، فمن الممكن أن يكسب أجنبى تماما عن العقد ، حقـا من هذا العقد ، اذا انصرفت نية طرفى العقد الى اكسابه هذا الحق ،

---

(١) والواقع انه لو ابيح النزول عن هذه الحماية بشرط فى العقد ، لصار شرطا جاريا فى جميع العقود ولتعطل تطبيق المـادة ١٤٧ — ٢ فى اكثر العقود .

والمقصود من النص هو منع النزول العام عن التمسك بحماية المادة ٢/١٤٧ ، أما ان كان شرط العقد ينصب على تنظيم خاص لمواجهة ظرف أو ظروف طارئة ، محددة ، فهو شرط جائز واجب الاحترام ، وينفى عن الحادث الطارىء وصف عدم التوقع كما سبق القول .

(٢) كما يتأثر الدائنون العاديون لأطراف العقد ، بما يبرمه مدينوهم من عقود ، نظرا لأن ضمانهم فى ذمـة المدين ، وهذا الضمـان يتأثر قوة وضعفا بآثار هذه العقـود . ولكن تأثر الدائنين بعقود مدينهم ، ليس انصرافا لآثار هذه العقود اليهم ، كما نرى فيما بعد .

أى اذا تضمن اتفاقهم اشتراطا لمصلحة هذا الاجنبى • ولكن على العكس ، لا يمكن أن يرتب العقد التزاما على عاتق أجنبى عنه • والاجنبى هو من لم يشارك فى العقد بنفسه أو بنائبه ، ومن لا يعد خلفا عاما أو خاصا لأحد المتعاقدين ، وتطلق عليه فى الفقه والنصوص تسمية « الغير » ، ولا يمكن أن يعتبر الغير ملتزما بالعقد وهو لم يتصل به أو بطرفيه على أية صورة •

فمبدأ نسبية أثر العقد من حيث الاشخاص ، يعنى على الخصوص عدم التزام الشخص بعقد لم يشترك فيه أى عدم امكان « التعهد عن الغير » ، وان كان هذا المبدأ لا يمنع استفادة « الغير » من عقد بين أشخاص آخرين ، أى لا يمنع الاشتراط لمصلحة الغير • وتنص على قاعدة نسبية أثر العقد من حيث الاشخاص ، بهذا المعنى ، المادة ١٥٢ من القانون المدني التى تقضى بأن العقد « لا يرتب التزاما فى ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا » •

وكلامنا عن أثر العقد بالنسبة للاشخاص يتناول المسألتين السابقتين ، والاولى منهما هى تحديد المقصود بالمتعاقد الذى ينصرف اليه أثر العقد ، والثانية هى بيان أحوال انصراف أثر العقد الى الغير ، فى حال الاشتراط لمصلحة الغير ، مع التعرض لصورة التعهد عن الغير ، لتأكيد مبدأ عدم التزام الشخص بعقد لم يشترك فيه •

ونخصص لكل مسألة منهما ، فرعا من فرعى هذا المبحث •

الفـرع الاول

انصراف أثر العقد الى المتعاقد

٧١ ـ المقصود بالمتعاقد :

المتعاقد هو كل شخص اشترك فى ابرام عقد من العقود ، سواء أكان ذلك بنفسه أو بوساطة نائب عنه (وكيل أو نائب قانونى) ؛ وانصراف أثر العقد الى المتعاقد ينصب على كل آثار هذا العقد كما

تم الاتفاق عليها ، لا تفرض عليه قيود ولا توضع له حدود ، مما يمكن معه وصف هذا الانصراف بأنه كامل أو مطلق . والاشارة الى اطلاق التزام المتعاقد بأثر العقد تتحتم بسبب ما يرد من قيود أو يلزم من شرط لانصراف آثار العقد الى الاشخاص الآخرين الذين يذهب الفقه الى ادخالهم فى معنى المتعاقد لتفسير انصراف أثر العقد اليهم ، وهم الخلف العام والخلف الخاص لهذا المتعاقد ، فانصراف أثر العقد الى الخلف العام لا يكون ، خصوصا بالنسبة للالتزامات ، الا فى حدود معينة ، أشارت ايها المادة ١٤٥ مدنى ، وانصراف أثره الى الخلف الخاص يقتضى توافر شروط وضعها القانون فى المادة ١٤٦ مدنى .

والخلف العام للمتعاقد هو من يخلفه فى ذمته المالية أو فى جزء منها باعتبارها مجموعا من المال ، يتضمن حقوقا والتزامات فى نفس الوقت ، كالوارث الذى تنتقل اليه تركة المتعاقد أو جزء منها ، وكذا الموصى له بجزء من هذه التركة ، أى بنسبة منها كالثلث أو الربع .

أما الخلف الخاص ، فهو من يخلف المتعاقد فى الحق الخاص الذى يتصل به التعاقد ، كالمشترى يخلف البائع فى ملكية المبيع ، والموصى له بحق معين من أموال الموصى ، كملكية منزل أو سيارة(١) .

واذا كان انصراف أثر العقد بالنسبة للمتعاقد نفسه ، انصرافا كاملا أو مطلقا ، لا تقوم الحاجة فيه الى مزيد من البيان ، فان انصراف هذا الاثر الى الخلف العام والخلف الخاص ، لا يكون ، كما أشرنا ، الا فى حدود معينة أو بشروط خاصة ، ولذا تقوم الحاجة الى بيان هذه الحدود وتعيين الشروط ، وهو ما نتناوله فيما يلى :

---

(١) ويسمى المورث او البائع سلفا ، والخلافة العامة لا تتحقق الا بوفاة السلف ، اى بالميراث او بالوصية ، اما الخلافة الخاصة فتتحقق حال الحياة (بالبيع وغيره) او بعد الوفاة (بالوصية) .

٧٢ — أثر العقد بالنسبة للخلف العام :

تبين أثر العقد بالنسبة للخلف العام ، المادة ١٤٥ من القانون المدنى التى تنص على أن « ينصرف أثر العقد الى المتعاقدين[١] ، والخلف العام ، دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون ، أن هذا الاثر لا ينصرف الى الخلف العام » .

وهذا النص يضع قاعدة أصلية هى أن ما يبرمه المورث من عقود ينصرف أثره الى ورثته (أو الموصى له بنسبة من التركة ، المعتبر خلفا عاما) ، مما يعنى أن الخلف العام لا يعتبر من الغير بالنسبة لعقود سلفه . ويمكن تبرير هذا الحكم بأن الخلف العام يتلقى ذمة السلف أو جزءا منها ، بعد تجمدها بوفاته ، والذمة عندئذ تتمثل فيما تشمله من حقوق وما يثبت فيها من ديون والتزامات ناشئة عن العقد أو غيره، ولذا كان من اللازم أن يحل الخلف العام محل سلفه ، فى المطالبة بالحقوق والوفاء بالالتزامات المترتبة على العقود التى أبرمها ، لان ما يترتب عليها من حقوق أو التزامات ينتقل الى هذا الخلف العام .

ولا يمكن تفسير هذه القاعدة فى القانون المصرى بما تفسر به فى القانون الفرنسى ، من أن شخصية الخلف العام تعتبر امتدادا لشخصية سلفه ، فلو قلنا بذلك لوجب القول بأن الخلف العام يحل محل المتعاقد فى جميع الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد دون وضع حدود لمسئوليته ، وهذا هو الحكم الاصلى فى القانون الفرنسى، فالوارث يسأل عن جميع التزامات مورثه ولو جاوزت ما آل اليه من أموال هذا المورث، الا اذا اشترط خلاف ذلك قبل قبول التركة[٢] ،

---

(١) والنص على انصراف اثر العقد الى المتعاقدين نفسيهما ، لم يكن له ضرورة ، لان مبدأ القوة الملزمة للعقد ، المنصوص فى المادة ١٤٧ ، يتضمنه .

(٢) وهو ما يسمى قبول التركة بشرط الجرد .

فتتحدد مسئوليته عندئذ عن التزامات مورثه ، بمقدار ما حصل عليه من حقوق من التركة .

أما فى القانون المصرى ، حيث تطبق فى الميراث أحكام مأخـوذة من فقه الشريعة الاسلاميـة ، فان شخصية الوارث لا تعتبر امتدادا لشخصية المورث ، بل المبـدأ فيه هـو استقلال شخصية الوارث عن شخصية المورث ، ولذا فهو لا يحـل محله فى عـلاقاته القانونيـة ، ولا يلتزم الوارث بأى دين ، يجاوز ما كسبه من حقـوق التركة(١) . ذلك أن انتقال التركة من المورث الى الوارث يحكمه مبدأ ينسب الى الشريعة الاسلامية ، هو أنه لا تركة الا بعد سـداد الدين ، أى أن ما يستحقه الوارث من أموال المورث هو ما يبقى بعد سداد ما على المورث من ديون ، فان لم يبق شىء لم يرث شيئا ، وان زادت الديون على الأموال لم يلتزم الوارث من زيادة هذه الديون بشىء . وتطبيق هذا المبدأ لا يمنع انتقال حقوق التركة ، منـذ وفاة المورث ، محملة بالتزاماتها ، الى الوارث ، ولكنها تكون عندئذ ذمـة خاصـة للوارث تحصر فيها مسئوليته عن ديون التركة ، ولا تمتد هذه المسئولية الى ذمته العامة التى لا تدخل حقوق التركة فى عناصرها(٢) .

وعلى ذلك فانصراف أثر عقد يبرمه شخص ، الى خلفه العـام بعد وفاته يعنى امكان انتقال الحقـوق الناشئة عن هذا العقـد الى الخلف ، وكذا مطالبة هذا الخلف بالتزامات السلف المترتبة على هـذه العقود ، ولكن مسئوليته عن هذه الالتزامات تكون فى حدود ما آل اليه من حقوق عن سلفه ، أى لا يطالب بما عليه من ديون الا بقدر ما تلقى

---

(١) ويعبر فى الفقه احيانا عن ذلك بأن التزام الوارث بديون المورث التزام عينى ، لأن المسئولية عنـه محصـورة فى « اعيان » التركة ، أى حقوقهـا .

(٢) انظر مؤلفنا عن الحقوق العينية الأصلية ص ٤٨٠ وما بعدها .

من أموال التركة(١) • وهذا هو معنى اشارة المادة ١٤٥ مدنى الى انصراف آثار العقد الى الخلف العام « دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث » •

واذا كان الاصل أن أثر العقد ينصرف الى الخلف العام فى الحدود السابقة ، فمن الممكن أن تطبق على انصراف هذا الاثر اليه قاعدة أخرى مصدرها نص قانونى أو شرط اتفاقى ، أو تفرضها طبيعة المعاملة ، كما تقضى بذلك المادة ١٤٥ مدنى •

ومن الاحوال التى يقضى القانون فيها بعدم انتقال آثار العقد فيها الى الخلف ، عقد الشركة ، فالمادة ٥٢٨ من القانون المدنى تنص على انقضاء الشركة بموت أحد الشركاء ، فلا يستطيع وارث الشريك أن يتمسك ببقاء الشركة وحلوله محل مورثه ، وكذا عقد الوكالة حيث تنقضى الوكالة بموت الموكل أو الوكيل (المادة ٧١٤ مدنى) ، وعقد العمل الذى ينتهى بوفاة العامل (المادة ٦٩٧/) •

وكذلك لا تنصرف آثار العقد الى الخلف العام اذا كان طرفاه قد اتفقا على عدم انتقالها الى هذا الخلف ، ولو كانت طبيعة العقد لا تحول دون هذا الانتقال ، ولو لم يكن هناك نص قانونى على منع انصراف أثر العقد الى الخلف . كتأجير عين لشخص على ألا ينتقل حق الايجار الى ورثته ، أو الاتفاق على توريد سلعة ، على أن ينتهى التزام المورد بوفاته أو بوفاة الطرف الآخر •

وقد تقتضى طبيعة المعاملة عدم انصراف أثر العقد الى الخلف العام ، كما لو كان عقد مرتب لمدى حياة شخص ، فمضمون الاتفاق

---

(١) وهذا لا يعنى حساب الحقوق والالتزامات بالنسبة لكل عقد على حدة ، بل يطالب الخلف بالالتزامات الناشئة عن عقد أبرمه السلف ، ولو كان هذا العقد لم يكسب السلف أو الخلف أى حق ، مادامت الاموال الاخرى التى تلقاها الخلف تكفى للوفاء بهذا الالتزام .

نفسه ، يعنى انقضاءه بمجرد وفاة مستحق المرتب وعدم انتقاله الى ورثته ، كذا العقود التى تنصب على عمل شخص ذى خبرة وشهرة خاصة كطبيب أو محام أو فنان ، فلا يحق لوارثه ولو كان من نفس حرفته أو مهنته ، أن يطلب الحلول محل مورثه ، فى عقوده المتعلقة بهذه الحرفة أو المهنة[1] .

(١) ويلاحظ اخيرا ان القانون يضع حدودا لنفاذ تصرف الشخص بالوصية (فى تركته)على ورثته . فلا يجعل وصيته نافذة عليهم فيما يجاوز ثلث تركته الا باقرارهم للوصية . والوصية تصرف مضاف الى ما بعد الموت ، لا يقوم الالتزام بها ، الا بوفاة الموصى ، فلا تنشأ بها التزامات عليه حال حياته ، يثور التساؤل عن انتقالها الى ورثته بعد وفاته ، كما انها تصرف من جانب واحد وليست عقدا ، ولذا فان الكلام عن نفاذها بالنسبة للورثة ، باعتبارهم خلفا عاما ، ليس كلاما عن انصراف أثر عقد يبرمه السلف ويلتزم به ، الى الخلف العام ، فحق الورثة فى التمسك بعدم نفاذ وصية مورثهم عليهم فيما يزيد عن ثلث التركة ، حق ينشأ لهم من القانون مباشرة ، حماية لهم ، وليس حقا ينتقل اليهم من مورثهم ، ويمكن القول بأن القانون يعتبرهم من الغير بالنسبة لهذا التصرف .

واستكمالا لحماية الورثة من وصايا مورثهم التى قد يرغب بها فى تمييز احد ورثته ، فان القانون يعتبر تصرفه لأحد الورثة ، اذا اقترن بشروط معينة ، وصية ، فاذا كان هذا التصرف للوارث بيعا يقترن باحتفاظ البائع بحيازة المبيع وبحقه فى الانتفاع به طول حياته ، اعتبر وصية بالنسبة لباقى الورثة ، فلا ينفذ فى حقهم الا فى حدود ثلث التركة (المادة ٩١٧ مدنى) .

كما انه اذا كان الشخص مريضا مرضا شديدا تتوقع منه الوفاة (اى مرض موت) ثم تبرع من أمواله لأى شخص وهو فى هذه الحال ، ومات فعلا من هذا المرض ، فان القانون يعتبر تبرعه اثناء المرض وصية يسرى عليها حكم عدم نفاذها على الورثة بغير اقرارهم فيما يجاوز الثلث ، وذلك مهما كانت التسمية التى تطلق على العقد الذى يتم به التبرع (المادة ١/٩١٦) .

وكل تصرف يصدر من الشخص فى مرض الموت ، يعتبر قد تم تبرعا ، وبالتالى تطبق عليه أحكام الوصية ، الا اذا اثبت صاحب المصلحة، وهو من صدر له التصرف ، طبيعة العقد ، كأن يثبت انه بيع حقيقة (المادة ٢/٩١٦) .

٧٣ — أثر العقد بالنسبة للخلف الخاص :

الخلف الخاص هو ، كما سبق القول ، من يخلف الشخص فى حق معين من حقوقه ، كالمشترى فهو خلف خاص للبائع ، والموهوب له خلف خاص للواهب ومن يحال له حق شخصى من الدائن ، فهو خلف للمحيل (الدائن) . وفكرة الاستخلاف تقتضى انتقال حق من السلف الى الخلف ولذا ان كان حق الشخص ينشأ له لاول مرة فى اطار عقد ، لا يكون خلفا لمن أنشأ له هذا الحق ، فالمستأجر ليس خلفا للمالك الذى يؤجر له داره[1] ، وانما هو دائن له بحق شخصى ، هو حقه كمستأجر ، وهو ينشأ له « ابتداء » من عقد الايجار .

وتثور مسألة انصراف أثر العقود التى يبرمها شخص ، الى من يعد خلفا خاصا ، اذا كانت هذه العقود تتصل بالحق موضوع الاستخلاف ، فاذا كان الخلف مشتريا لا يثور التساؤل عن انصراف أثر عقود البائع اليه ، الا اذا كانت هذه العقود تتعلق بالمبيع الذى وقع فيه الاستخلاف ، فليس الامر هنا أمر انصراف أثر جميع عقود السلف الى الخلف ، كما هى الحال بالنسبة للخلف العام .

وقد نظم القانون المدنى انصراف أثر عقود السلف الى الخلف الخاص ، بنص المادة ١٤٦ التى تقضى بأنه « اذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشىء انتقل بعد ذلك الى خلف خاص فان هذه الالتزامات والحقوق تنتقل الى هذا الخلف فى الوقت الذى

=

واذا ثبت ان التصرف بيع (او اى تصرف آخر غير تبرعى) وسواء اكان لوارث او لغير وارث ، يجب الا تكون فيه ، من جانب المورث ، محاباة تزيد على ثلث التركة ، والا لم ينفذ على الورثة الا ان اكمل المتصرف اليه المقابل بما يجعل المحاباة فى حدود الثلث فقط ، وهو القدر الذى تنفذ الوصية به بغير اقرار الورثة ، (المادة ٤٧٧ مدنى) وانظر فى الموضوع ، مؤلفنا فى عقد البيع ، ص ٣٢ وما بعدها .

(١) ولكنه يكون خلفا اذا كان يتلقى حقه من مستأجر اول ، بطريق نزول هذا المستأجر عن حقه فى الايجار الى المستأجر الثانى .

ينتقل فيه الشيء ، اذا كانت من مستلزماته ، وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء اليه »[1] •

ومن هذا النص نتبين الشروط التى يضعها القانون لانصراف أثر عقد أبرمه شخص الى الخلف الخاص لهذا الشخص ، وهذه الشروط هى :

أولا : أن يكون العقد الذى أبرمه السلف سابقا فى ابرامه على التصرف الذى تحقق به الاستخلاف ، حتى يمكن أن يكون هذا العقد متصلا بالحق الذى كسبه الخلف ، فانتقال هذا الحق اليه من السلف ، يزيل قدرة السلف على التعامل بشأنه ، ويكون الخلف بالنسبة لأى عقد يبرمه السلف لاحقا للاستخلاف ، ولو تعلق بالحق الذى كسبه الخلف ، أجنبيا تماما • وهذا الشرط واضح فى قول النص : اذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا تتصل بشيء انتقل « بعد ذلك » الى خلف خاص •

ثانيا : ان يكون الحق أو الالتزام المترتب على عقد السلف متصلا بالحق المستخلف فيه ، أى أن يكون كما يعبر نص المادة ١٤٦ مدنى ، من مستلزمات هذا الحق •

وضرورة اتصال عقد السلف بالحق محل الاستخلاف شرط بدهى، فهو وحده الذى يبرر أن ينصرف أثر العقد الى شخص لا تربطه بهذا السلف صلة الا أنه خلف له فى حق معين ، فمسألة انصراف أثر تصرفاته الى هذا الخلف لا تثور الا فيما يتصل بهذا الحق ، على خلاف الحال بالنسبة للخلف العام الذى يخلف الشخص فى ذمته (كلها أو جزء منها) ولذا تثور مسألة انصراف آثار كل عقوده الى هذا الخلف ، على ما ذكرنا من قبل •

---

(١) ويؤخذ على صياغة هذا النص انه يعبر عن موضوع الاستخلاف « بالشيء » ، والاستخلاف لا يكون الا فى الحقوق ، والحقوق ليست اشياء وانما هى اموال ، انظر مؤلفنا عن اصول القانون ، فقرة ١٣٧ •

وقد حددت المـادة ١٤٦ مدى الصلة التى تكون بين الحقوق ، والالتزامات الناشئة عن عقد السلف السابق على الاستخلاف ، وبين الحق المستخلف فيه ، حتى تنصرف الى الخلف الخاص ، فاقتضت أن تكون هذه الالتزامات والحقوق من مستلزمات الحق المستخلف فيه •

والحـق المترتب على عقد السلف ، يكون من مستلزمات الحق الذى انتقل الى الخلف ، وينتقل لذلك الى هذا الخلف ، اذا كان من مكملات الحق المستخلف فيه ، وهو يكون من مكملات هذا الحق اذا كان مما يعين على حسن الانتفاع بـه ، أو اذا كان مما يحفظـه ويقويه ، أو اذا كان مما يدرأ عنه بعض المخاطر والاضرار ، فاذا كان السلف قد رتب للعين المبيعة الى الخلف ارتفاقا بالمرور أو بالمطل ، باتفـاق بينه وبين صاحب العقار المجاور ، تحسينا للانتفاع بها ، انتقل هـذا الارتفاق الى الخلف باعتباره من مكملات العين المبيعة له ، واذا كان الحق الذى انتقل الى الخلف حقا شخصيا ، وكان هذا الحق مضمونا برهن قدمه آخر أو بكفالة ، فان حق المحيـل فى الرهن أو فى الكفالة ينتقل الى الخلف ، باعتباره من مكملات الحق الاصلى الذى انتقل اليه لـما يحققه لهذا الحق من حفظ وتقوية ، واذا كان السلف قد عقـد تأمينا ضد الحريق على المنزل الذى انتقلت ملكيته الى الخلف بالبيع ، فان الحق فى ضمان المخاطر ، الذى يترتب على عقد التأمين لمصلحـة البائع ، ينتقل الى المشترى باعتباره من مكملات المبيع ، لـما يحققه من تأمين الخلف من المخاطر •

والامثلة السـابقة للحقـوق التى تكون من مكملات الحق الذى ينتقل الى الخلف ، تبين صلة هذه الحقوق المكملة ، بالحق الاصلى ، وتظهر أنها حقوق تتقرر لمصلحة الحق الذى انتقل الى الخلف ولم يراع فى تقريرها شخص السلف نفسه ، ولذا فهى تعتبر من ملحقات الحق ، وتنتقل معه الى كل من يصبح صاحبا له •

وعلى ذلك لا يعد من مستلزمات الحق الذى انتقل الى الخلف ، فلا ينتقل معه الى هذا الخلف ، ما ينشأ من الحقوق للسلف عما يبرمه

من عقود ، قد تتعلق بموضوع الاستخلاف ، ولكن هذه الحقوق لا تعد من مكملاته ، كحق السلف قبل مقاول اتفق معه قبل بيع الارض الفضاء الى الخلف ، على أن يبنى له منزلا فيها ، أو حق السلف فى حفظ سيارته المبيعة فى مأوى سيارات (جاراج) ، الناشىء له عن عقد ايجار « الجاراج »(١) •

والالتزامات التى تنشأ عن عقد السلف ، وتنتقل لذلك الى الخلف باعتبارها من مستلزمات الحق الاصلى الذى انتقل اليه ، هى الالتزامات التى تحدد هذا الحق ، أى التى تمثل قيودا على هذا الحق أو بيانا لنطاقه ، وتعتبر من محدداته ، ولذلك فمشترى قطعة أرض للبناء ينتقل اليه التزام البائع بمراعاة شروط معينة فيما يقيمه فيها من بناء ، تعهد بها فى عقد كسب ملكيتها • كما ينتقل الى مشترى عمارة ، تعهد بائعها لمستأجريها بتركيب مصعد ، وكذا يلتزم الخلف الذى ينزل له مستأجر مبنى معين ، عن حقه فى الايجار ، بما التزم به المستأجر الاصلى من قيود على وجوه استخدام هذا المبنى ، كأن يكون المؤجر قد اشترط عليه ألا يستعمله مدرسة أو مصنعا أو متجرا •

أما اذا كانت الالتزامات المترتبة على عقود السلف ، لا تعتبر من محددات حق الخلف ، فانها لا تنتقل الى هذا الخلف ، كالتزام بائع السيارة لصاحب الجاراج الذى يحفظها فيه ، فانه لا ينتقل الى مشترى هذه السيارة ، أو التزام بائع قطعة أرض البناء ، لمقاول اتفق معه على بناء الارض قبل بيعها •

ثالثا أن يكون الخلف عالما ، وقت انتقال الحق اليه ، بالحق أو الالتزام المترتب على عقود السلف المتصلة بموضوع

---

(١) فحق السلف قبل المقاول لا يؤدى الى تقوية ملكية الارض او حفظها ، كما ان ايجار الجاراج ، ليس وثيق الصلة بملكية السيارة بحيث يعتبر مكملا لها ، وقد يكون اعتبار شخص المستاجر هو اساس ابرامه .

الاستخلاف • ونص المادة ١٤٦ على شرط العلم ، عام يقتضى ضرورة العلم بالحقوق والالتزامات ، التى تنتقل الى الخلف الخاص باعتبارها من مستلزمات الحق الذى انتقل اليه • ولكن الفقه يلاحظ أن استلزام علم الخلف ، كشرط لانصراف أثر عقود السلف اليه ، تقصد به مصلحة هذا الخلف ، ولذا لا يبدو ضروريا الا بالنسبة للالتزامات التى تعتبر أعباء عليه أو قيودا على الحق الذى انتقل اليه ، أما الحقوق التى تعتبر من مكملات محل الاستخلاف فهى ميزات للخلف ، ولذا لا تبدو أهمية لاشتراط علمه بها ، حتى يفيد منها(١) •

٧٤ — عدم انصراف أثر العقد الى الدائنين :

اذا كان أحد المتعاقدين مدينا ، فان ما ينشأ عن العقد الذى يبرمه من حقوق والتزامات ، يؤثر على ذمته ، يسارا واعسارا ، وفق النتيجة الاقتصادية لهذا العقد ، ولذا فان عقود الشخص تؤثر على حقوق دائنيه ، لانها تؤثر على ضمانهم العام ، وهو ذمة مدينهم ، ولكن تأثر الدائنين بنتائج عقود مدينهم ، ليس انصرافا لآثار هذه العقود اليهم ، اذ لا ينشأ لهم من هذه العقود حق أو يترتب عليهم التزام كما لا ينتقل اليهم شىء من ذلك ، ولذلك لا يمكن اعتبار الدائنين كالخلف العام أو الخلف الخاص من حيث امكان تشبيههم بأطراف العقد ، فهم من الغير بالنسبة لآثار عقود مدينيهم وتأثرهم بها تأثر غير مباشر ، يرتبط

---

(١) ولكن يلاحظ انه اذا افاد الخلف من حق ترتب على عقد سلفه ، وكان هذا العقد يلزم السلف بالتزامات مقابلة ، فان الخلف يتحمل بهذه الالتزامات ، فاذا كان العقد الذى ابرمه السلف تأمينا على المبيع الذى انتقل الى المشترى ، واراد المشترى الافادة من ضمان المؤمن للخطر المؤمن منه ، كان عليه ان يؤدى اقساط التأمين التى التزم بها السلف ولا يتصور ان يتمسك الخلف بالحقوق الناشئة عن عقد سلفه ، ثم يرفض التحمل بالالتزامات على اساس عدم علمه بها وقت الشراء •

بما تحدثه من زيادة أو نقص فى أموال المدين ، أى ما يترتب عليها فى ضمانهم العام من قوة أو ضعف[1] .

ويلاحظ أنه رغم تأثر الدائنين بعقود مدينهم ، بصفة عامة ، فان القانون يجعل للدائنين فى بعض الاحوال ألا يعتدوا بتصرفات هذا المدين التى يبرمها اضرارا بهم ، ويهيىء لهم الطعن فيها بدعوى عدم نفاذ التصرفات التى تسمى « الدعوى البولصية » (المادة ٢٣٧ وما بعدها من القانون المدنى) .

٧٥ ـ الاحتجاج على « الغير » بوجود العقد :

اذا كانت آثار العقد لا تنصرف الى غير طرفيه وخلفهم العام وخلفهم الخاص فى الحدود التى بيناها فيما سبق ، فان هذا لا يعنى عدم امكان الاحتجاج بوجود العقد على غير من ينصرف اليهم أثره . فالعقد باعتباره واقعة ، وما يتضمنه من تنظيم علاقة طرفية بالنسبة لموضوعه ، يحتج بوجوده على الكافة ، أى على كل الناس ، سواء أكان أثره ينصرف اليهم أو لا ينصرف ، فمبدأ نسبية أثر العقد من حيث الاشخاص ، يعنى أن الحقوق الناشئة عنه ، وخصوصا الالتزامات

---

(١) وقد شبه بعض الفقه الفرنسى الدائن بالخلف العام ، على اساس تاثر الدائن بجميع تصرفات مدينه وعقوده ، كما تنتقل الى الخلف العام كل الحقوق والالتزامات المترتبة على عقود سلفه . وهذا التقريب بين الدائن والخلف العام يقوم على التسوية بين انصراف اثر العقد الى الخلف العام وهو يعنى اكتسابه حقوقا وتحمله بالتزامات مترتبة على عقود سلفه ، وتاثر الدائن ، بصورة غير مباشرة ، بنتائج عقود المدين دون كسب اى حق او تحمل اى التزام من هذه العقود ، وهى تسوية غير مقبولة ، لاختلاف الامرين اختلافا تاما .

ويلاحظ ان الدائن قد يطالب بحقوق مدينه التى تترتب على عقد يبرمه هذا المدين ولكنه لا يطالب عندئذ بحقه هو ، بل يطالب بحق مدينه نيابة عنه ، ليحافظ على هذا الحق فى الضمان العام لجميع الدائنين ، وذلك بالدعوى « غير المباشرة » .

المترتبة عليه ، لا يكسبها أو يتحمل بها ، سوى طرف العقد ومن يلحق بهما من خلف ، ولكنه لا يعنى اعفاء الغير من التسليم بوجود العقد بين طرفيه • وكل عمل أو تصرف من الغير يتضمن اخلالا بحقوق العاقدين المترتبة على العقد ، يعتبر عملا غير مشروع موجبا لمسئولية الغير عما ينتج عنه من أضرار ، فتحريض أحد الاشخاص لعامل على عدم تنفيذ التزامه ، بموجب عقد العمل ، بالاستمرار فى خدمة صاحب العمل للمدة المحددة فى العقد ، تترتب عليه مسئولية المحرض فى مواجهة صاحب العمل مسئولية تقوم على الفعل الضار • (فضلا عن مسئولية العامل عن اخلاله بالتزامه العقدى ، مسئولية عقدية) •

ونستطيع أن نجد فى أحكام القانون أمثلة لفرض وجود العقد ، ومضمونه ، على من لا يعتبر طرفا فيه ، أى على من لا تنصرف اليهم آثاره ، من ذلك ما تقضى به المادة ٩٧٦ من القانون المدنى باعتبار حيازة المنقول المقترنة بحسن النية والسبب الصحيح ، أساسا لكسب الحائز ملكية هذا المنقول ، بمجرد بدء الحيازة حتى فى مواجهة المالك الحقيقى للمنقول • والسبب الصحيح ليس الا تصرفا أو عقدا ، لا يعتبر المالك طرفا فيه ولا تنصرف اليه آثاره ، ولكن وجود هذا العقد ، وكذا مضمونه باعتباره تصرفا مكسبا للملكية ، يفرضان على المالك ، كصورة من الاحتجاج عليه بوجوده • وكذلك الحال فى العقد الذى يكسب به الجار المطالب بالشفعة ملكية العقار الذى يشفع به (وفقا للمادة ٩٣٦ مدنى) ، فوجود هذا العقد ، ومضمونه كعقد مكسب للملكية ، يفرضان على مشترى العقار المشفوع فيه ، دون أن يكون هذا المشترى طرفا فى هذا العقد ، ودون أن ينصرف اليه أثره (١) •

---

(١) وانظر امثلة اخرى فى اسماعيل غانم ، فقرة ١٧٣ •

الفــرع الثــانى

انصراف أثر العقــد الى الغير

٧٦ — تمهيـــد :

يقضى مبدأ نسبية أثر العقــد بانصراف أثر العقد الى طــرفيه وخلفهما دون الغير الاجنبى عن العقد ، كما سبق أن أشرنا • ولكن هذا المبدأ لا يحول دون افادة الغير من عقد لم يشترك فيه اذا اتجه طرفا هذا العقد الى ايجاد حق لهذا الغير فى صورة ما يسمى الاشتراط لمصلحة الغــير (١) • أما الزام الغير بعقد لم يشترك فيه ، فلا يمكن أن يحدث فى اطار الاتفاقات فى صورتها المعتادة التى ندرسها (٢) ،

---

(١) هذا مع ملاحظة ان القانون قد يقضى فى بعض الأحوال بانصراف اثر عقد الى شخص لم يشــترك فى ابرامه ، فالشخص الذى تتــوافر لمصلحته شروط الأخذ بالشفعة ، يستطيع بتعبيره عن رغبته فى الأخــذ بها وفقا للقانون ان يصبح بمثابة طرف فى عقد لم يشترك فى ابرامــه ، فهو يأخذ دور المشترى فى عقد بيع العقــار المشفوع فيه ، فيكســب حقوقه ويتحمل بالتزاماته كما لو كان هو المشترى منذ البداية — انظــر مؤلفنا عن الملكية ، فقرة ١١٥ والمــادة ٩٤٥ مدنى ، ومن هذه الأحــوال كذلك الصور التى يجعل القانون فيها لدائن احد أطراف العقد دعــوى مباشرة قبل الطرف الثانى فى هــذا العقد ، كحق المؤجــر فى مطالبــة المستأجر من الباطن (المستأجر من المستأجر) بالأجرة المستحقة عليــه للمستأجر الأصلى ، استيفاء لحقه فى الأجرة قبل هذا الأخير (المــادة ٥٩٦ مدنى) وكذا حالة الزام مالك عين بعقد الايجار الذى يبرمه شخص آخــر لا يعد المالك خلفا له ، وانظر منصور ، مذكراته ص ١٤٥ •

وهناك بعض العقود التى تتم براى الاغلبية وتلزم الاقلية رغم عدم مشاركتها فيها ، بل رغم اعتراضــها ، كما فى حق اغلبية المــلاك على الشيوع فى القيام بأعمال ادارة الملك الشائع او التصرف فيه •

(٢) وذلك ان هناك بعض العقود التى تبرم مع جماعات (اشخاص معنوية) ذات صفة تمثيلية لطائفة او حرفة ، فتمتد آثار هذه العقــود الى غير من يعتبر طرفا فيها بنفسه أو من ينوب عنه ، ومنها اتفاقيات العمل الجماعية « عقود العمل المشتركة » التى تبرم بين نقابات العمال =

رغم صحة التعهد عن الغير ، ونتكلم فيما يلى عن كل من الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير •

٧٧ — الاشتراط لمصلحة الغـــير :

الاشتراط لمصلحة الغير هو اتفاق بين شخصين على انشاء حـــق لشخص آخر ليس طرفا فى اتفاقهما ، أى هو اتفاق لمصلحة شخص من الغير ، فيترتب على هذا الاتفاق أن ينشأ للغير ، بمقتضى الاتفاق حق خاص به ، أى حق مباشر (١) • والطرفان اللذان يتم الاتفاق بينهما ، يطلب أحدهما انشاء حق للغير ، أى يشترط على الآخر هذا الحق ، ولذا يسمى المشترط ، والاخر يتعهد بحق هذا الغير فيسمى متعهدا ، أما الغير الذى يشترط لمصلحته فدوره هو الافادة أو الانتفاع من العقد بين المشترط والمتعهد ، ولذا يسمى المنتفع •

وهذه الصورة من الاتفاق كثيرة الحدوث فى الحياة العملية ، فى الوقت الحاضر ، بعد انتشار عقود التأمين ، ففى التأمين على الحياة مثلا يشترط طالب التأمين (المستأمن) على شركة التأمين أن تتعهد ، مقابل الاقساط التى يؤديها ، بدفع مبلغ معين لورثته عند وفاته، فيكون للورثة حق فى مبلغ التأمين عند وفاة مورثهم ، ينشأ لهم مباشرة من

= واصحاب الاعمال لوضع نظام يسرى على علاقات عمال النقابة التى تم الاتفاقية ، الحاليين منهم ومن ينضم الى النقابة فى المستقبل ، بصاحب العمل الذى يبرم هذه الاتفاقية مع النقابة ، وســواء أكان هذا النظـام يضمن للعمال حقوقا او يرتب على عاتقهم بعض الالتزامات . وامتداد هذه الالتزامات الى الاعضاء الجـدد فى النقابة يعنى التزامهم بأثار عقـد لم يشتركوا فى ابرامه . ولكن يلاحظ ان التكييف السـائد للاتفاقيـات الجماعية انها ليست عقودا بالمعنى الصحيح ، ولذا لا يعد حكمها استثناء حقيقيا على مبدأ عدم التزام الغير بعقد لم يشارك او لم يمثل فيه ، فى نطاق القانون الخاص .

(١) اى ينشأ فى ذمته مباشرة ، ولا يمر بذمة المشترط ، فالدائن بالحق، اى صاحبه ، هو من يتم الاشتراط لمصلحته (المنتفع) لا المشترط .

عقد التأمين ، أى لا يمر بذمة المورث ولا يعتبر لذلك من حقوق تركته ولا تمتد اليه حقوق دائنى المورث (دائنى التركة) . وفى صور أخرى من التأمين يوجد الاشتراط لمصلحة الغير أيضا ، كالتأمين من المسئولية اذ يعقد صاحب العمل تأمينا من المسئولية عن تعويض العمال عن اصابتهم بسبب العمل ، على أساس تعهد شركة التأمين بالقيام مقامه فى الالتزام بتعويض العامل المصاب ، فيكون حق العامل فى التعويض حقا خاصا له لا يشاركه فيه أى من دائنى صاحب العمل أو ورثته ، وكذا التأمين الذى يعقده مرسل البضاعة ضد أخطار النقل ، لمصلحة المرسل اليه ، فيكون لهذا وحده ، حق المطالبة بتعويض ما حدث من أضرار اثناء النقل .

ولا يقتصر الاشتراط لمصلحة الغير على عقود التأمين ، وانما يمكن أن يستخدم فى عقود أخرى معتادة كالبيع ، فقد يشترط البائع على المشترى أن يؤدى الثمن الى شخص آخر (دائن للبائع أو شخص يريد البائع أن يتبرع له بالثمن) . كما تستخدم الادارة الاشتراط لمصلحة الغير عند منح امتيازات المرافق العامة ، اذ تشترط على الملتزم بتسيير مرفق عام ، عدة شروط لمصلحة المنتفعين بهذا المرفق ، ويكون من حقهم أن يطلبوا ما ترتبه لهم هذه الشروط من حقوق ، مباشرة ، من الملتزم دون حاجة الى وساطة الادارة (١) . كما تستخدمه فى عقود الاشغال العامة التى تبرمها ، فتشترط على من تتفق معه على القيام بها من المقاولين ، شروطا لمصلحة العمال الذين يستخدمون فى هذه الاشغال من حيث الاجور أو المزايا الاخرى .

---

(١) وان كان الراى السائد فى الوقت الحاضر ، لا يفسر حق المنتفعين فى مطالبة الملتزم بالحقوق المشترطة لمصلحتهم بفكرة الاشتراط لمصلحة الغير ، بل يفسره بالطبيعة الخاصة لاتفاق منح الملتزم امتياز تسيير المرفق العام ، وانه تنظيم لائحى تنشأ به حقوق المنتفعين كما تتحدد التزاماتهم . انظر اسماعيل غانم ، فقره ١٨٨ .

وحتى يتحقق وجود الاشتراط لمصلحة الغير فى اتفاق العاقدين ، يلزم توافر شروط معينة ، نتعرض لبيانها قبل أن نحدد الاحكام التى تترتب على هذا الاشتراط فى العلاقات التى تنشأ به ، بين المشترط والمتعهد والمنتفع (١) •

١ — شروط الاشتراط لمصلحة الغير :

حتى تتحقق صورة الاشتراط لمصلحة الغير ، يجب أن تتوافر شروط ثلاثة :

الاول : أن يتم الاتفاق بين المشترط والمتعهد على انشاء حق للمنتفع الذى لا يكون طرفا فى اتفاقهما ، والمشترط فى هذا الاتفاق لا يتعاقد باعتباره ممثلا للمنتفع ، أى نائبا عنه (٢) ، بل هو يبرم العقد المتضمن للاشتراط باسمه هو ، باعتباره طرفا أصيلا ذا مصلحة فى هذا العقد ، فهو يعمل لحساب نفسه لا لحساب المنتفع • كما أن اتفاق المشترط والمتعهد يجب أن يتجه الى ايجاد حق مباشر للمنتفع ، فلا تتحقق صورة الاشتراط لمصلحة الغير اذا كان الحق ينشأ للمشترط نفسه ، ولو أفاد منه الغير ، فاذا عقد شخص تأمينا على مسئوليته عما يترتب من الضرر على أفعاله ، أو ما ينتج من ضرر للغير من سياراته أو آلاته الاخرى التى يستخدمها فى عمله ، دون أن يجعل لمن يصاب بهذا الضرر حق الحصول على التعويض مباشرة من شركة التأمين ، أى دون أن يشترط للمصاب حقا ينشأ له ، دون أن يمر بذمة المشترط ، من عقد التأمين ، لا نكون بصدد اشتراط لمصلحة الغير ،

---

(١) انظر فى تطور الاشتراط لمصلحة الغير ، محمد سامى مدكور ، النطاق الفنى للاشتراط لمصلحة الغير ، مجلة القانون والاقتصاد ، سنة ١٩٥٣ ص ١٥٦ وما بعدها ، والسنهورى ، الوسيط ، فقرة ٣٩٧ .

(٢) كما انه لا يتعاقد باعتباره قائما بشأن عاجل وضرورى للمنتفع ، اى باعتباره فضوليا ، وقد ذهب بعض الفقه فى البداية الى تفسير احكام الاشتراط لمصلحة الغير بفكرة الفضالة ، فضالة المشترط عن المنتفع . انظر السنهورى ، الوسيط ، فقرة ٣٧٤ .

فالحق فى قيمة التأمين عندئذ يكون للمشترط اذا ومع ضرر للغير ، والمشترط يقوم بأداء التعويض الذى يلزم به من هذا التأمين ، واذا كان للمصاب أن يرجع على شركة التأمين للمطالبة بتعويضه فهو يرجع عندئذ بدعوى مدينه ، أى بالدعوى غير المباشرة ، التى يقتسم حصيلتها مع من قد يوجد من دائنين آخرين للمسئول . كذلك لا يكون حق الغير ناشئا عن الاشتراط لمصلحة الغير ، اذا كان حق المتعاقد قد انتقل الى الغير نتيجة الخلافة العامة أو الخاصة ، فاذا أمن شخص على منزله ضد الحريق ، ثم توفى واحترق المنزل ، كان للورثة الحصول على قيمة التأمين ، لا باعتبارهم مشترطا لمصلحتهم ، بل باعتبارهم خلفا عاما لمن ابرم عقد التأمين ، فى الحق الذى نشأ له هو من عقد التأمين ، وانتقل اليهم بالميراث ، وكذلك لا يعتبر مشترطا لمصلحته ، أى منتفعا من عقد أبرمه الغير ، دائن البائع الذى يحيل اليه البائع حقه فى الثمن ، لان أساس حقه هو الحوالة ، لا عقد البيع ، فهو خلف خاص وليس منتفعا من اشتراط لمصلحته .

ويلاحظ أنه ليس من اللازم أن يكون المنتفع موجودا وقت ابرام الاشتراط لمصلحته ، كما لا يلزم أن يكون هذا المنتفع معينا وقت الاشتراط ، مادام يوجد أو يعين عند نفاذ الاشتراط ، ولذا يجوز للشخص أن يؤمن على حياته لمصلحة أولاده قبل أن يوجد له أى أولاد (١) . كما يجوز له أن يؤمن على مسئوليته لمصلحة من يصاب من حادث يرتكبه بسيارته ، والمصاب لا يمكن تعيينه ، بطبيعة الحال ، قبل وقوع الحادث . وقد نص القانون المدنى على ذلك فى المادة ١٥٦ التى تقضى بأنه « يجوز فى الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو جهة مستقبلة ، كما يجوز أن يكون شخصا أو جهة لم يعينا وقت العقد ، متى كان تعيينهما مستطاعا وقت أن ينتج العقد

---

(١) ولكن اذا كان المشترط يقصد الى الاشتراط لمصلحة شخص موجود ، ولكنه كان قد مات دون ان يعلم المشترط بموته ، فان ارادته تكون مشوبة بغلط يبطلها .

أثره طبقا للمشارطة » . واذا لم يوجد المنتفع عند وجوب تنفيذ المشارطة ، رجع الاشتراط الى المشترط ، ولذا ان لم ينجب من عقد تأمينا لمصلحة أولاده . فان قيمة التأمين الذى يستحق عند وفاته تدخل فى تركته وتوزع على ورثته ، على أساس أن الاشتراط يصبح حقا له بسبب عدم وجود المنتفع .

الثانى : أن تكون للمشترط مصلحة فى العقد الذى يبرمه منطويا على الاشتراط ، أى أن يبرم العقد المتضمن للاشتراط لغاية خاصة به يحرص على تحقيقها ، وليس من اللازم أن تكون هذه الغاية مصلحة مادية بل يمكن أن تكون مصلحة أدبية ، فالبائع الذى يشترط التزام المشترى بالثمن لدائنه (دائن البائع) يهدف باشتراطه الى تحقيق مصلحة مادية هى وفاء ما عليه من دين ، أما لو كان المنتفع من هذا الاشتراط شخصا يريد البائع أن يتبرع له بقيمة الثمن ، فالمصلحة فى الغالب أدبية . وكذلك من يبرم تأمينا على حياته لمصلحة أولاده أنما يستهدف غاية أدبية ، هى اطمئنانه على مصير هؤلاء الاولاد اذا توفى قبل أن يستطيعوا الاعتماد على أنفسهم (١) .

ويستلزم الفقه أن تكون مصلحة المشترط فى الاشتراط ، مصلحة مشروعة ، وهذا الشرط واضح ، خصوصا وقد حددنا المصلحة بأنها الغاية الخاصة التى يهدف المشترط الى تحقيقها ، فان كانت هذه الغاية هى الباعث الدافع ، وكانت غير مشروعة ، كان الاشتراط باطلا وفقا للقواعد العامة (٢) ، كما لو كانت المنفعة المشترطة للغير ، للحض

---

(١) وليس من الضرورى أن يلتزم المشترط بشىء ، فى اتفاقه مع المتعهد ، ليتحقق توافر مصلحته وليقوم الاشتراط ، ويضرب الفقه مثلا لذلك ان تتفق أم مع أب على أن يرتب لولدها منه ايرادا مدى حياته أو لمدة معينة ، دون أن تقدم للأب مقابلا لهذا التعهد ، فمصلحتها تتمثل فى الاطمئنان على دخل ولدها ، وهى كافية لتوافر معنى المصلحة لدى المشترط ، كشرط لتحقق صورة الاشتراط لمصلحة الغير .

(٢) فاذا أبطل الاشتراط ، تحولت المنفعة المشترطة الى المشترط او تركته .

على ارتكاب جريمة أو لاستدامة علاقة غير مشروعة

وتنص على الشرطين السابقين ١/١٥٤ من القانون المدنى التى تقضى بأنه « يجوز للشخص أن يتعاقد بأسمه على التزامات (على المتعهد) يشترطها لمصلحة الغير ، اذا كان له فى تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية ، مادية كانت أو أدبية » •

ويلاحظ أنه ، بالاضافة الى الشرطين السابقين ، يجب أن تتوافر فى الاتفاق على الاشتراط كل شروط صحة الارادة وكل شروط ابرام العقد ، وفقا للقواعد العامة ، حتى يقوم الاشتراط صحيحا ، كما أن تبعية الاشتراط ، فى بعض الاحوال ، لعقد آخر ، تؤدى الى توقف صحة الاشتراط على صحة العقد الاصلى ، كما لو كان الاشتراط فى عقد بيع أو فى عقد هبة ، اذ يلزم أن يكون كل منهما صحيحا ، كبيع أو كهبة ، حتى يصح الاشتراط لمصلحة الغير المتضمن فيهما •

(ب) أحكام الاشتراط لمصلحة الغير :

تتحدد هذه الاحكام فى علاقات ثلاث ، تنشأ بالاشتراط ، هى علاقة المشترط بالمتعهد ، وعلاقة المنتفع بالمشترط ، وعلاقة المنتفع بالمتعهد ونتكلم عن كل منها فيما يلى :

١ ـ علاقة المشترط بالمتعهد :

هذه العلاقة تحدد أحكامها طبيعة المعاملة التى تتضمن الاشتراط ، فاذا كان الاشتراط متضمنا فى عقد بيع بين المشترط والمتعهد ، كانت الالتزامات التى تترتب على عاتق كل منهما هى التزامات البائع والمشترى ، واذا كان ما بينهما هو عقد تأمين فالمشترط يلتزم بوفاء أقساط التأمين وبكل الالتزامات التى يفرضها عليه عقد التأمين ، مقابل التزام المتعهد (شركة التأمين) بضمان الخطر المؤمن ضده • واخلال أى من المشترط أو المتعهد بأحد الالتزامات التى تترتب فى عقدهما ، يؤدى الى تطبيق الجزاءات التى تحمى الحقوق العقدية ، فيجوز للطرف

الآخر اجبار المتعاقد المقصر على التنفيذ أو المطالبة بتطبيق الجزاءات الاخرى كالفسخ أو الوقف •

ومصلحة المشترط فى الاشتراط ، تجعل له الحق فى مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه لمصلحة المنتفع ، لا باعتباره ممثلا لهذا المنتفع ، بل بناء على حق خاص له فى مطالبة المتعهد بوفاء حقوق المنتفع ، فمصلحته فى الاشتراط تجعل له المطالبة بالتنفيذ ، ولو أن الحق المطلوب ليس له بل لشخص آخر • كما يجوز للمشترط أن يطالب المتعهد بتعويض المنتفع عن الاخلال بحقوقه أو التأخر فى الوفاء ؛ بالاضافة الى ماقد يكون له من حق فى المطالبة بالتعويض لنفسه عن هذا الاخلال ، اذا أصابه منه ضرر •

وحق المشترط فى مطالبة المتعهد لمصلحة المنتفع ، حق ثابت له ، الا اذا تبين من الاشتراط أن هذا الحق ليس له ، وأنه مقصور على المنتفع • وتنص على هذا الحكم ، الفقرة الثالثة من المادة ١٥٤ مدنى التى تقضى بأنه « يجوز •• للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع ؛ الا اذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذى يجوز له ذلك (١) » •

٢ ـ علاقة المنتفع بالمشترط :

لا يترتب على الاشتراط لمصلحة الغير ؛ نشوء حقوق للمنتفع فى مواجهة المشترط ، فحق المنتفع من الاشتراط يكون التزاما على عاتق المتعهد ، ولكن الاشتراط ، قد يكون مبنيا على علاقة سابقة بين المشترط والمنتفع ، كما لو كان اشتراطا من البائع على المشترى لمصلحة

---

(١) ويلاحظ ان جهة الادارة قد تشترط على ملتزم المرفق العام ، شروطا لمصلحة جمهور المنتفعين بالمرفق ، ثم تجعل لها وحدها حق طلب تنفيذ هذه الشروط ، فيقتصر هذا الحق على المشترط ، ولكن هذه صورة خاصة ، فالاصل ان نشوء حق مباشر للمنتفع ، يقتضى ان يكون له حق المطالبة به . وقد يكون له وحده ، وقد يكون للمشترط ايضا فى نفس الوقت .

دائن للبائع ، يجعل لهذا الدائن اقتضاء الثمن من المشترى (المتعهد)، فيكون الاشتراط ، فى علاقة المشترط بالمنتفع ، معاوضة ، لانه وفاء بدين للمنتفع على المشترط • وقد يكون أساس الاشتراط هو الصلة الادبية التى تقوم بين المشترط والمنتفع ؛ ويكون الاشتراط فى هذه الاحوال تبرعا من المشترط للمنتفع ، كما فى تأمين الشخص على حياته لصلحة أولاده ، أو اشتراط وفاء المشترى بثمن البيع الى شخص يرغب البائع (المشترط) فى التبرع له بالثمن •

ووصف الاشتراط ، فى علاقة المشترط بالمنتفع ، بأنه معاوضة أو تبرع ، يترتب عليه تطبيق ما يترتب على هذا الوصف من أحكام ، فى تحديد حقوق كل من المشترط والمنتفع ، فان كان الاشتراط تبرعا وجب أن يكون المشترط أهلا للتبرع ، والا كان الاشتراط قابلا للأبطال لمصلحته كما يجب ألا يكون الاشتراط فى مرض موت المشترط ، والا طبقت عليه أحكام الوصية ، كما يحق لدائنى المشترط الطعن فى الاشتراط بالدعوى البولصية ، وفقا لقواعد الطعن فى التبرعات (١) •

---

(١) وفى تقدير قيمة المتبرع به ، فى الاشتراط تبرعا ، لا ينظر الى ما يلتزم به المتعهد للمنتفع ، وانما ينظر لما يلتزم به المشترط للمتعهد ، فلو كان التامين لمصلحة شخص تبرعا ينظر فى تقدير المتبرع به الى ما يلتزم به المشترط من اقساط التامين لا الى ما يلتزم به المتعهد من مبلغ التأمين ، وتقدير قيمة المتبرع به تلزم فى حساب خروج القدر المتبرع به من ثلث التركة ان اعتبر وصية . ويذهب السنهورى (الوسيط ، فقرة ٣٧٩) ، الى انه اذا أعطى المشترط للمتعهد شيئا قيمته الف جنيه ، واشترط عليه التزاما لمصلحة الغير ، قيمته ٥٠٠ جنيه ، فان المتبرع به يكون الخمسمائة جنيه لا الالف ، على اساس ان تعهد المتعهد اقل قيمة من التزام المشترط ، ولكننا نعتقد ان زيادة التزام المشترط على التزام المتعهد للمنتفع ، قد تكون بالنسبة لدائنى المشترط او ورثته ، تبرعا هى الاخرى ان كان المشترط يمنحها المتعهد تبرعا ، كما لو نقل الى المتعهد ملكية منزل واشترط عليه ان يؤدى للمنتفع ما يساوى نصف الثمن نقدا .

واذا كان الاشتراط تبرعا ، فليس من اللازم لصحته أن يستوفى الشكل الرسمى اللازم فى الهبة وفقا لحكم المادة ٤٨٨ مدنى ، ذلك أن الرسمية لا تلزم الا فى الهبة المباشرة ، التى ينتقل بها المال الموهوب مباشرة من ذمة الواهب الى ذمة الموهوب له ، والقيمة المتبرع بها فى الاشتراط يكسبها المنتفع عن طريق ذمة المتعهد ، أى بطريقة غير مباشرة (١) •

ويلاحظ أن المشترط يستطيع أن ينقض الاشتراط ، أى أن يرجع فيه سواء أكان الاشتراط معاوضة أم تبرعا ، أى أن يحول منفعة العقد المبرم بينه وبين المتعهد ، لمصلحته هو أو لمصلحة شخص آخر ، وذلك الى أن يقبل المنتفع هذا الاشتراط ، فان قبله لم يكن للمشترط حق نقضه ، وتنص على ذلك المادة ١٥٥ من القانون المدنى التى تقضى فى فقرتها الاولى بأنه يجوز للمشترط ، دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشارطة قبل أن يعلن المنتفع الى المتعهد أو الى المشترط رغبته فى الاستفادة منها ، مالم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد • ولكن ان كان الاشتراط تبرعا فان قبول المنتفع للاشتراط لا يحول دون رجوع المشترط فى تبرعه وفقا لقواعد الرجوع فى الهبة المنصوصة فى المواد من ٥٠٠ الى ٥٠٢ من القانون المدنى (١) •

واذا كان الاشتراط معاوضة ، فعلاقة المشترط بالمنتفع تتحدد أحكامها وفقا لاصل هذه العلاقة وطبيعتها ، أى تطبق عليها الاحكام القانونية لهذه العلاقة • فان كان الاشتراط لوفاء دين على المشترط للمنتفع ، لم يؤد الاشتراط بذاته ، الى ابراء ذمة المشترط من دينه ،

---

(١) انظر اسماعيل غانم ، فقرة ١٩٥ وفقرة ٢٠٤ والسنهورى ، الوسيط ، فقرة ٣٧٦ •

(٢) المادة ٥٠٠ تقضى بجواز رجوع الواهب فى هبته ، ان لم يقبل الموهوب له ذلك ، بترخيص القضاء اذا كان له فى الرجوع عذر مقبول وتحدد المادة ٥٠١ بعض الأعذار المقبولة أما المادة ٥٠٢ فتحدد احوال رفض طلب الرجوع فى الهبة •

بل يظل ملتزما ، رغم الاشتراط ، حتى يتم الوفاء من المنتفع ، الا اذا اتفق مع المنتفع على غير ذلك • واذا كان الاشتراط بقصد الوفاء بمقابل أعمال يلتزم بها المنتفع ولم يؤدها بعد ، كان للمشترط أن يطالبه بأدائها بعد الاشتراط ، ان قبله المنتفع كطريقة للوفاء بحقوقه ، واذا كان الاشتراط يقصد به اقراض المنتفع القيمة المشترطة ، ينشأ على عاتق المنتفع التزام برد القرض وفوائده بمجرد تنفيذ الاشتراط ، واذا كان وفاء بثمن ما سبق للمشترط أن اشتراه من المنتفع ، وكان وفاء المنتفع بالتزاماته كبائع متوقفا ، بالاتفاق مع المشترط ، على هذا الاشتراط ، كان للمشترط أن يطالبه بتنفيذ هذه الالتزامات بعد تمام الاشتراط ، وهكذا •

٣ ــ علاقة المنتفع بالمتعهد :

ينشيء الاشتراط للمنتفع حقا مباشرا ، ناشئا من العقد ، فى مواجهة المتعهد ، فالاتفاق على الاشتراط ، كما سبقت الاشارة ، ولو أن المنتفع لا يشترك فيه (لانه يقوم بين المشترط والمتعهد) يرتب لاجنبى عن هذا الاتفاق ، هو المنتفع ، حقا مصدره الاتفاق الذى أبرم بين المشترط والمتعهد • وهذا ما نصت عليه المادة ١٥٢ مدنى ، التى أجازت أن يكسب العقد « الغير » حقا من الحقوق (١) •

---

(١) ويمكن القول بأن نشوء حق المنتفع من الاتفاق ، بين المشترط والمتعهد ، على الاشتراط ، اى نشوء حق الغير من عقد لم يشترك فيه ، عن طريق الاشتراط لمصلحته ، اصبح قاعدة مسلمة تقوم بذاتها دون حاجة الى تبرير نشوء هذا الحق بنظم قانونية تقليدية أخرى ، كحوالة المشترط لحقه ، او فكرة الايجاب الموجه الى المنتفع ، او الفضالة ، او تبريره بفكرة التزام المتعهد بارادته المنفردة للمنتفع ، فحق المنتفع ينشأ من العقد الذى يتم بين المشترط والمتعهد ، وهذا العقد هو مصدر حقه ، ولا يحتاج القول بذلك الى اى تبرير آخر ، واذا كان التزام المتعهد للمنتفع اساسه ارادته ، فانه لا يلتزم بذلك من تلقاء نفسه ، بل فى اطار العقد الذى يبرمه مع المشترط . وانظر الوسيط للسنهورى ، فقرة ٣٨٠ .

فالعقد الذى يتم به الاشتراط لمصلحة المنتفع ، هو مصدر الحق المباشر الذى ينشأ لهذا المنتفع ، فى ذمة المتعهد ، وتقرر هذا بصراحة ، الفقرة الثانية من المادة ١٥٤ من القانون المدنى التى تقضى بأن الاشتراط يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد ، كما تنص على بعض ما يترتب على ذلك من نتائج ، فتقضى بأن المنتفع يكون له أن يطالب المتعهد بوفاء حقه ما لم يتفق على خلاف ذلك ، وأن المتعهد يكون له عندئذ أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التى تنشأ عن العقد .

والواقع أن اعتبار العقد بين المشترط والمتعهد ، مصدر الحق المباشر الذى ينشأ للمنتفع ، تترتب عليه عدة نتائج منها :

(أ) الحق المباشر الذى ينشأ للمنتفع من العقد ، يعنى أن هذا الحق ينشأ لمصلحته فى ذمة المتعهد ، فهو لا يكسبه عن طريق ذمة المشترط ولذا لا يزاحمه فيه دائنو هذا المشترط ، كما أنه لا يدخل فى تركة المشترط أن كان يستحق عند وفاته ، بل يكسبه المنتفع مباشرة من المتعهد ، فلا يستطيع ورثة المشترط أو دائنو التركة أن يدعوا عليه أى حق ، كما لا تطبق عليه أحكام الوصية .

ولكن مادام حق المنتفع التزاما على المتعهد ، فان دائنى هذا المتعهد يزاحمون المنتفع فى أموال المتعهد ، ويقتسمونها معه قسمة غرماء ، ان لم تكن هذه الأموال كافية للوفاء بكل حقوقهم .

(ب) للمنتفع أن يطالب المتعهد بحقه الذى ينشأ بالاشتراط ، وقد نصت المادة ٢/١٥٤ على حقه فى هذه المطالبة ، ولكنها أجازت أن يتفق على غير ذلك ، أى على حرمان المنتفع من حق المطالبة ، وهو أمر لا يتصور الا فى فروض خاصة للاشتراط لمصلحة الغير (١) .

---

(١) كصورة اشتراط جهة الادارة ميزات خاصة لمصلحة جمهور المنتفعين بمرفق عام على من يمنح امتياز تسيير هذا المرفق ، فقد تقصر الادارة على نفسها حق مطالبة صاحب الامتياز « الملتزم » بتنفيذ واجباته
=

ومطالبة المنتفع للمتعهد بحقه الناشيء من الاشتراط تنصب على المنفعة المشترطة نفسها ، كما تنصب على مقابلها اذا تعذر التنفيذ عينا (المطالبة بالتعويض) .

ولكن المنتفع لا يستطيع مع ذلك أن يطلب فسخ العقد المبرم بين المشترط والمتعهد فى حال اخلال المتعهد بالتزاماته ، فمثل هذا الطلب لا يقبل الا من طرف فى العقد ضد الطرف الآخر الذى يمتنع عن تنفيذ التزاماته ، كوسيلة لتخلص طالب الفسخ من التزاماته المقابلة ، والاشتراط أن كان يرتب للمنتفع حقوقا فهو لا يجعل عليه التزامات ، يتخذ طلب الفسخ وسيلة للتخلص منها (١) .

(جـ) يترتب على نشوء حق المنتفع من العقد الذى يتضمن الاشتراط نفسه ، أن المتعهد يستطيع أن يدفع مطالبة المنتفع بنفس الدفوع التى يحق له توجيهها الى المشترط ، فاذا تبين أن الاشتراط باطل ، كان للمتعهد أن يتمسك بهذا البطلان فى مواجهة المنتفع ، وكذلك له أن يتمسك بفسخ الاتفاق على الاشتراط ، أو أن يدفع مطالبة المنتفع ، بعدم تنفيذ المشترط لالتزاماته المترتبة على عقد الاشتراط ، وكذا له أن يتمسك بصورية الاشتراط ان كان صوريا ولو كان المنتفع حسن النية ، أى غير عالم بالصورية (٢) . وحق المتعهد فى التمسك بكل

= نحو الجمهور ، انظر الوسيط السنهورى ، فقرة ٣٧٨ وفقرة ١٨٠ . وفى غير هذا الفرض لا يتصور ان يحرم المنتفع من المطالبة بما ينشأ له من حق بمقتضى الاشتراط ، فالقدرة على المطالبة متضمنة فى معنى الحق ، والحرمان منها يهدد وجود الحق نفسه ، ولذا يجب تفسير حرمان المنتفع من المطالبة بحقوقه فى مثل هذه الحالة ، بان المشترط ، وهو جهة الادارة ، ينصب نفسه نائبا مفروضا عن المنتفع ، فى تنفيذ الاشتراط مع حرمان المنتفع نفسه من ممارسة حقه « اصلا » ، وفقا لقواعد القانون الادارى . ولا يتصور ان يباح للمشترط ان يفرض على المنتفع نيابته عنه ، اذا كان الاشتراط معاوضة ، وفقا لاحكام القانون المدنى .

(١) انظر اسماعيل غانم ، فقرة ٢٠٠ ومنصور ، ص ١٥٣ .

(٢) الوسيط السنهورى ، هامش ٥ ص ٦٥٢ و ص ٦٥٣ .

الدفوع فى مواجهة المنتفع منصوص فى الفقرة الثانية من المادة ١٥٤ مدنى التى تقضى بأن « لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التى تنشأ عن العقد » .

(د) يترتب كذلك على نشوء حق المنتفع من عقد الاشتراط ، أن هذا الحق ينشأ منذ الاشتراط ، لا منذ قبول المنتفع لهذا الاشتراط ، ولذا يظل حقه قائما ولو توفى المشترط أو فقد أهليته بعد ابرام عقد الاشتراط ، وقبل أن يعلن المنتفع رغبته فى الاستفادة من هذا الاشتراط بل قبل أن يعلم به ، بل ان وفاة المنتفع قبل قبول الاشتراط أو حتى قبل العلم به ، لا تسقط حقه فى الاشتراط ، بل ينتقل حقه فيه الى ورثته اذا لم يكن قصد المشترط قد اتجه الى انصراف الحق المشترط الى المنتفع وحده ، بما يجعل وجوده فى قيد الحياة شرطا لاستحقاقه (١) . ويترتب على نشوء حق المنتفع من عقد الاشتراط دون حاجة الى قبوله ، ان حقوق دائنيه تتعلق بالمنفعة المشترطة لمصلحته منذ تمام الاشتراط (٢) .

ولكن هذا لا يعنى أن منفعة الاشتراط تثبت للمنتفع رغم ارادته ، فمن حق المنتفع أن يرفض الاشتراط لمصلحته ، فترتد منفعة الاشتراط عندئذ للمشترط أو ورثته ان كان قد توفى ، وذلك منذ ابرام الاشتراط أى تعتبر كأنها لم تنشأ حقا للمنتفع فى أية لحظة .

---

(١) وهذا هو المبدا فى التامين على حياة المشترط لمصلحة شخص معين ، اذ يفترض وجود المؤمن لمصلحته فى قيد الحياة عند استحقاق التأمين ، بل ان قواعد التامين على الحياة تقتضى سقوط حق المؤمن لمصلحته ، تبرعا ، فى التامين اذا توفى قبل المؤمن ، ولو كان المؤمن لمصلحته قبل الاستفادة من هذا التأمين قبل وفاته . انظر السنهورى ، الوسية جـ ٧ فقرة ٧١٦ ص ١٤٥٧ .

(٢) ويجوز لهم ، لذلك ، استعمال دعواه (الدعوى غير المباشرة) للمطالبة بحق المنتفع ، كما يجوز لهم ان يطعنوا بالدعوى البولصية فى رفض المنتفع للاشتراط ونزوله عن حقه الذى نشأ به ان تم هذا النزول اضرارا بهم ، السنهورى . فقرة ٣٨١ .

وليس معنى عدم لزوم قبول المنتفع للاشتراط ، لنشوء حقـــه ، من ناحية أخرى ، أن صدور هذا القبول من جانب المنتفع ليس له أى أثر قانونى على حقه فى المنفعة المشترطة • فالواقع أن هذا القبول أو الاقرار للاشتراط من جانبه يترتب عليه ثبوت حقه فى الاشتراط نهائيا بمعنى أنه يسقط حق المشترط فى نقض الاشتراط ، أى يسقط حقه فى حرمان المنتفع فى عقد الاشتراط من المنفعة المشترطة ، وتحويلها الى نفسه أو الى منتفع آخر ، فحق المشترط فى نقض الاشتراط يظل قائما حتى يقبله المنتفع ، فاذا قبله ثبت حق المنتفع ، الذى نشأ له منـــذ الاشتراط ، وتعذر على المشترط حرمانه من هذا الحق • وتنص على الاحكام السابقة ، المادة ١٥٥ من القانون المـــدنى التى تقضى بأنـــه « يجوز للمشترط ، دون دائنيه أو ورثته ، أن ينقض المشـــارطة قبل أن يعلن المنتفع الى المتعهد أو الى المشترط رغبته فى الاستفادة منها ، ما لم يكن ذلك مخالفا لـــا يقتضيه العقد • ولا يترتب على نقض المشارطة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط ، الا اذا اتفق صراحـــة أو ضمنا على خلاف ذلك • وللمشترط احلال منتفع آخر محل المنتفع الاول ، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشارطة » •

وقبول المنتفع للاشتراط يتم بتعبيره عن ارادته فى هذا المعنى ، تعبيرا يوجه الى المشترط أو الى المتعهد ، فى أية صورة من صوره ، أى دون التزام شكل معين ، وهو ينتج أثره فى تثبيت حق المنتفـــع ، بسقوط حق المشترط فى نقض الاشتراط ، بمجرد علم من وجه اليه به (ووصول القبول قرينة على العلم وفقا لحكم المـــادة ٩١ مدنى) ، ولو وجه الى المتعهد دون المشترط ، وهذا واضح من نص المـــادة ١/١٥٥ التى تجيز نقض الاشتراط قبل أن يعلن المنتفع الى المتعهـــد أو الى المشترط رغبته فى الاستفادة منه (١) •

---

(١) وان كان من الواجب على المنتفع ان يعلن المتعهـــد بقبوله الاشتراط ، حتى لا يستجيب بعد اعلانه لنقض الاشـــتراط من جانـــب المشترط رغم اعلانه من المنتفع بقبوله ، فلو استجاب المتعهد لهذا النقض =

ونظرا الى أن قبول الاشتراط (أو اقراره) من جانب المنتفع يؤكد حقه الناشىء من عقد الاشتراط ولا ينشئه ، فان الفقه يرى أن دائنى المنتفع لهم اعلان قبول الاشتراط نيابة عنه ، ان كان هذا لقبول لا يقوم على اعتبارات شخصية يجب أن يستقل المنتفع بتقديرها ، وفقا لحكم المادة ٢٣٥ مدنى ، فيقول الفقه بجواز قبول الدائنين للاشتراط ان كان معاوضة ، على خلاف الحال فيما لو كان تبرعا (١) .

وحق المشترط فى نقض الاشتراط يثبت له وحده ، أى ، كما يقرر نص المادة ١٥٥ ، يكون له « دون دائنيه أو ورثته » ، حق النقض حتى يتم قبول الاشتراط من المنتفع فيسقط هذا الحق . والاصل أن المشترط يستقل بحق النقض ، فيتم بمجرد تعبيره عن ارادته فى معنى الرجوع عن الاشتراط ، وهو ينتج أثره فى حرمان المنتفع من منفعة الاشتراط بمجرد صدوره اذا تم قبل اعلان المنتفع ، الى المشترط أو المتعهد ، رغبته فى الافادة من الاشتراط (٢) .

=

فى حال عدم اعلانه بالقبول من المنتفع من الاشتراط ، ووفى بتعهده لمنتفع جديد او الى المشترط نفسه ، لم يكن للمنتفع رجوع عليه ، لعدم علمه بالقبول ، ويكون للمنتفع عندئذ الرجوع على المشترط او المنتفع الجديد . انظر اسماعيل غانم ، فقرة ٢٠٦ ، والسنهورى ، الوسيط ، فقرة ٣٨٣ .

(١) انظر اسماعيل غانم ، الموضع السابق .

(٢) ان ان كان المشترط قد أعلن الاشتراط الى المنتفع ، فيتعين عليه عندئذ ان يعلنه بالنقض قبل ان يعلن المنتفع قبوله للاشتراط ، اذ يجب على المشترط توجيه التعبير عن نقض الاشتراط الى المنتفع الذى سبق له ان اعلنه بالاشتراط ، فيصبح هذا التعبير موجها الى الغير ولا ينتج اثره الا بعلم من وجه اليه ، فاذا اعلن المنتفع رغبته فى الافادة من الاشتراط بين صدور النقض وعلمه به ، لم يكن هذا النقض منتجا لاثره فى حرمان المنتفع من منفعة الاشتراط ، اما ان لم يكن المشترط قد اعلن المنتفع بالاشتراط ، فان نقضه هذا الاشتراط ينتج أثره بمجرد

=

ولكن المــادة ١٥٥ تقرر سقوط حق المشترط فى نقض الاشتراط ، ولو كان ذلك قبل تعبير المنتفع عن رغبته فى الاستفادة من الاشتراط ، اذا كان النقض مخالفا لمــا يقتضيه العقد ، كما لو كان الاشتراط فى عقــد تأمين على بضائع مرسلة الى مشتريها ، لمصلحة هذا المشترى ، وكان البائع ملتزما باتمام هذا التأمين ، ولكنه بعد ابرام التأمين لا تقع على عاتقه أية مخاطر يغطيها التأمين • فالتزام البائع ، بابرام التأمين لمصلحة المشترى ، وخلوص التأمين لمصلحة المنتفع ، يقتضى ألا يكون للبائع أن ينقض الاشتراط المبرم لمصلحة المشترى • كمــا تقتضى طبيعة الاشتراط حرمان المشترط من الاستقلال بحق النقض ، اذا كانت للمتعهد مصلحة فى بقاء منفعة الاشتراط للمنتفع ، كما لو كان المشترط بائعا لعين محملة برهن واشترط على المشترى لهذه العين الوفاء بحق المرتهن من الثمن ، فالمشترى له مصلحة فى تنفيذ هــذا الاشتراط لتخليص العين من الرهن ، ولذا لا يستطيع البائع أن ينقض الاشتراط دون موافقة المتعهد (المشترى) •

وحتى ان لم تكن طبيعة العقد تقتضى حرمان المشترط من حــق النقض ، فان نزول المشترط عن حقه فى نقض الاشتراط ، يؤدى الى سقوط هذا الحق •

ويترتب على نقض المشترط للاشــتراط ، فى أحوال جوازه ، زوال حق المنتفع الذى كان له قبل نقض المشارطة ، واعتباره كأنه لم ينشأ لمصلحته منذ البداية • ولكن هذا لا يعنى براءة ذمة المتعهــد

= صدوره . ويلاحظ اسماعيل غانم ان المــادة ١٥٥ لم تسـتلزم اعــلان النقض كما استلزمت اعلان الرغبة فى الاستفادة من الاشتراط ، ولذا يقول بأن النقض ينتج اثره من وقت صدور التعبير عنه ، فى جميع الأحوال ، هامش ٢ ص ٣٩٠ وص ٣٩١ . ويذهب الســنهورى ، فى الوســيط ، الى ان النقض ينتج اثره منذ اعلانه الى المتعهد ، بحيث اذا سبق المنتفع الى اعــلان رغبــة فى الاستفادة من الاشتراط ، الى المتعهد ولو بعــد التعبــير عن النقض ولكن قبــل اعلانه للمتعهد ، لم يكن النقض جائزا ، هامش ١ ص ٦٥٦ .

من التزامه ، بل يظل ملتزما للمشـــترط ، ولهذا المشترط أن يعـــين منتفعا جديدا يوجه اليه منفعة الاشتراط ، كما يجوز له أن يستبقى هذه المنفعة لنفسه، فيختفي عندئذ ما فى الاتفاق من اشتراط لمصلحة الغير، كل هذا ما لم يتفق صراحة أو ضمنا ، كما يقول نص المـــادة ٢/١٥٥ ، على أن نقض الاشتراط يؤدى الى اعفاء المتعهد من التزامه .

٧٨ — التعهد عن الغـــير :

أشرنا من قبل الى أن مبدأ نسبية أثر العقود ، من حيث أنهـــا لا تلزم سوى من يكون طرفا فيها أو من تمتد اليه آثارها ، مبـــدأ مطلق لا يرد عليه أى استثناء ، وأنه ان حدث أن تعهـــد شخص عن الغير ، فى عقد من العقود ، فان أحكام هذا التعهد تؤكد اطـــلاق هذا المبدأ ولا تنقضه .

والتعهد عن الغير ، هو التزام شخص بالحصول على رضـــاء شخص آخر بعقد من العقود يبرمه المتعهد مع شخص ثالث ، وتبدو الحاجة العملية الى مثل هذا التعهد فى بعض صور المعامـــلات التى يصعب فيها الحصول على رضاء « المتعهد عنه » وتقوم فيها رغبـــة « المتعهد » فى الارتباط بالعقد مع طرفه الآخر فورا ، كما لو كان المتعهد شريكا على الشيوع بحق النصف فى ملكية عين ، ثم وجـــد من يشترى العين بأكملها بثمن مجز ، فيتفق معه على بيع كل العـــين ، متعهدا بالحصول على رضاء شريكه بالبيع . أو اذا كان المتعهد وكيلا وعرض عليه عقد نافع لموكله ، لا يدخل فى حدود وكالته ولم يشـــأ الانتظار فى الارتباط به حتى يحصل على رضاء هذا الموكل ، فيبرمه متعهدا بالحصول على رضائه .

وقد نصت المـــادة ١٥٣ على التعهد عن الغير وأحكامه ، فقضت بأنه « اذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر ، فلا يلزم الغـــير بتعهده ، فاذا رفض الغير أن يلتزم ، وجب على المتعهد أن يعـــوض

من تعاقد معه ، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذى تعهد به ، أما اذا قبل الغير هذا التعهد ، فان قبوله لا ينتج أثرا الا من وقت صدوره ، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يسند أثر هذا القبول الى الوقت الذى صدر فيه التعهد » •

ومن هذا النص يتبين أنه لتوافر صورة التعهد عن الغير يجب توافر ما يأتى :

(أ) أن يلتزم المتعهد التزاما شخصيا بالعقد الذى يبرمه ، فهو لا يدعى أنه وكيل للغير أو نائب أو ممثل « للمتعهد عنه » ولو وفقا لاحكام الفضالة مثلا ، وانما يسلم بأنه لا سلطة له فى الزام الغير وفقا لاحكام النيابة أو لاحكام الفضالة ، ولكنه يلتزم هو بأن يحصل على رضاء هذا الغير ، بالعقد الذى يريد الطرف الآخر ابرامه •

(ب) أن يكون موضوع التزام المتعهد هو صدور رضاء الغير المتعهد عنه ، بالعقد الذى يرغب فيه المتعاقد مع المتعهد ، أى أن التزام المتعهد هو التزام بتحقيق نتيجة معينة ، هى صدور رضاء المتعهد عنه بالعقد ، ولا يقتصر التزامه على مجرد بذل الجهد لاقناع الغير بقبول العقد • ولذلك فمجرد رفض الغير الالتزام بالعقد الذى تم التعهد عنه به ، يجعل المتعهد مخلا بتعهده ومقصرا فى مواجهة المتعاقد الآخر ، مهما كان الجهد الذى بذله ، بغير نجاح ، فى اقناع الغير بقبول العقد • وهذه هى الصورة الأصلية للتعهد عن الغير ، ولكن ليس هناك ما يمنع من اتفاق المتعهد والمتعهد له ، على جعل التزام المتعهد مجرد بذل جهد فى اقناع الغير لقبول العقد ، دون وجوب حصوله على رضائه فعلا ، وعندئذ تبرأ ذمة المتعهد اذا بذل الجهد المعقول فى هذا الشأن ، ولو لم يكلل هذا الجهد بالنجاح •

أحكام التعهد عن الغير :

التعهد عن الغير ، لا يلزم الغير كما سبق القول ، وانما يلزم المتعهد ، أما الغير المتعهد عنه فله قبول العقد الذى تم التعهد به عنه ، كما له رفضه ، وفى الحالين تترتب على القبول أو الرفض أحكام ، نعرضها بايجاز فيما يلى :

أثر قبول الغير للعقد :

قد يجد الغير (المتعهد عنه) ان العقد المتعهد به صفقة رابحة وأنه يتفق مع مقاصده ، فيقر عمل المتعهد ويقبل الالتزام بالعقد ، فى هذه الحال يصبح ملتزما بالعقد ، بناء على هذا الرضاء الصادر منه ، ومنذ صدوره ، فهو لا يلتزم الا بقبوله للعقد واقرار عمل المتعهد ، ومنذ هذا القبول أو الاقرار (١) .

وبالقبول أو الاقرار تنشأ رابطة عقدية بين المتعاقد مع المتعهد ، وبين الغير الذى أقر التعهد وقبل العقد المعروض ، وهو اتفاق جديد ، غير الاتفاق بين المتعهد والمتعهد له ، ينصب على الغرض الذى هدف اليه المتعاقد مع المتعهد ، كالبيع أو الايجار أو القرض أو الشركة أو غيرها ، أما الاتفاق الذى يتم به التعهد فينصب على التزام المتعهد بالحصول على رضاء الغير بالعقد المعروض ، ومحل التزام المتعهد ، دائما ، هو تحقيق هذه النتيجة ، أى اقناع الغير باقرار التعهد ، وقبول العقد المتعهد به ، وبمجرد صدور هذا القبول من الغير تبرأ ذمة المتعهد وتنتهى التزاماته ، فهو ، بمقتضى التعهد ، لا يتحمل بأية واجبات تتصل بتنفيذ العقد الذى ينشأ بقبول الغير ، بينه وبين

---

(١) ويشبه السنهورى (الوسيط ، فقرة ٣٦٢) مركز الغير المتعهد عنه بمركز الموجب له بمعقد ، واقراره لعمل المتعهد بقبول الايجاب ، وبهذا الاقرار يبرم العقد بين الغير (المتعهد عنه) ، والمتعاقد مع المتعهد ، منذ قبول المتعهد عنه .

المتعهد له ، بل تنتهى مسئوليته بهذا القبول وان كان هذا لا يمنع من أن تمتد التزامات المتعهد ، بالاتفاق بينه وبين المتعهد له ، الى كفالة تنفيذ الالتزامات التى تنشأ على عاتق الغير •

وما دام الاقرار أو القبول هو أساس التزام الغير (المتعهد عنه) بالعقد الذى يقبله ، فان أثر هذا العقد يترتب منذ الوقت الذى يتم فيه هذا الالتزام أى من وقت القبول أو الاقرار ، لا من وقت التعهد ، أى أن اقرار الغير للتعهد وقبوله للعقد المتعهد به ، ليس له أثر رجعى ، وفقا للقاعدة الاصلية ، ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يقبل الغير ، صراحة أو ضمنا ، أن يكون لرضائه بالعقد أثر رجعى يعود الى وقت الاتفاق على التعهد • وقد نصت على هذا الحكم ، المادة ٢/١٥٣ مدنى ، التى تقضى بأن قبول الغير للتعهد لا ينتج أثرا الا من وقت صدوره ، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول الى الوقت الذى صدر فيه التعهد (١) • ولكن هذا

---

(١) فلو كان المتعهد عن الغير فى عقد قسمة بين ملاك على الشيوع احدهم قاصر ، وكان مضمون التعهد هو اقرار القاصر للقسمة بعد بلوغه سن الرشد ، فان اقرار هذا القاصر للتعهد ورضاءه بالقسمة بعد الرشد ، يفترض انه ينطوى على رضاء بالقسمة منذ تمامها بين سائر الشركاء ، اى بأثر رجعى منذ التعهد .

ويذهب اسماعيل غانم الى أن رضاء الغير بالعقد المتعهد به ، هو اقرار لتعهد الغير عنه ، وان هذا يقتضى ان يكون الاصل ، هو ترتب أثر الاقرار منذ التعهد ، اى بأثر رجعى الا اذا نفى المقر ذلك ، كما فى حال اقرار الاصيل لتصرف النائب خارج حدود نيابته ، فقرة ١٧٨ .
وهو يقرر ، مع ذلك ، ان حكم المادة ١٥٣ مدنى لا يتفق مع هذا التحليل.
الا اننا نعتقد أن تشبيه المتعهد بالنائب الذى يجاوز سلطاته ، لا يتفق مع تحديد صورة التعهد عن الغير بأنها الحال التى يسلم فيها المتعهد بأنه لا سلطة له فى تمثيل الغير او الزامه ، وانه انما يلتزم بأن يحصل على رضاء هذا الغير ، مما يكشف عن ان التزام المتعهد هو السعى الى الحصول من الغير على رضاء مبتدا بالعقد ، لا مجرد اقرار عقد ابرمه المتعهد باسمه قبل هذا الرضاء ، يقتصر رضاؤه على « اقراره » . ولذلك فاستعمال نص المادة ١٥٣ للفظة « القبول » لتسمية رضاء الغير بالعقد المتعهد به ، دون لفظة « اقرار » ، اكثر اتفاقا مع حقيقة هذا الرضاء .

الاثر الرجعى لا يترتب الا فى علاقة الغير الذى يقبل العقد والمتعاقد مع المتعهد ، أى أنه لا يسرى فى مواجهة الغير ممن يكون قد تلقى من المتعهد عنه حقا يتعارض مع قبوله للعقد المتعهد به ، كما لو كان قد صدر منه بيع للمنقول الذى ينصب التعهد على نقل ملكيته ، قبل أن يقبل العقد المتعهد به ، فلا يمكن أن يؤدى قصده الى جعل مثل هذا القبول ذا أثر رجعى ، الى الاضرار بحقوق المشترى منه لنفس المنقول والذى أبرم بيعه قبل قبوله للتعهد •

رفض الغير للعقد :

اذا رفض « الغير » قبول العقد المتعهد به ، فلا مسئولية عليه من أى نوع فى هذا الرفض ، لانه لم يلتزم بشىء ، بل ولم يتدخل فى العقد ولا صلة له به • وتكون المسئولية عندئذ على عاتق « المتعهد » الذى يعتبر مخلا بالتزامه بمجرد رفض الغير (المتعهد عنه) قبول العقد ، فالتزام المتعهد كما سبقت الاشارة التزام بتحقيق نتيجة معينة ، هى رضاء « الغير » فان رفض هذا الغير العقد ، كان المتعهد مسئولا عن تعويض المتعهد له عن الاضرار التى لحقته بسبب اخلال المتعهد بالتزامه ، ولا يعفيه من هذه المسئولية سوى القوة القاهرة ، كما لو توفى « الغير » أو فقد أهليته ، أو أصيب بمرض يعجزه عن التعبير عن ارادته ، أو غير ذلك (١) •

وقد نصت المادة ١/١٥٣ على وجوب التعويض على المتعهد ، اذا رفض الغير أن يلتزم ، ولكنها أضافت الى ذلك أنه يجوز للمتعهد أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذى تعهد به • ومن النص يبدو أن المتعهد له لا يستطيع اجبار المتعهد

---

(١) أما اذا ثبت ان التزام المتعهد ، بمقتضى الاتفاق ، هو مجرد السعى الى الحصول على رضاء الغير دون التزام بتحقيق هذه النتيجة ، فلا يكون المتعهد مسئولا الا اذا ثبت تقصيره فى بذل الجهد اللازم لذلك •

على تنفيذ التزام الغير ، ان رفض الغـير العقد ، وأن حقه ، عند اخلال المتعهد بالتزامه ، يقتصر على طلب التعويض ، ولكن المتعهـد هو الذى يجوز له أن يختار القيام بتنفيذ العقد لتجنب الحـكم عليه بالتعويض (١) • ومع ذلك فليس من المتصور أن يفرض هذا الاختيار على الدائن المتعهد له ، اذا كانت شخصية الغير محل اعتبار فى العقد المتعهد به ، أى اذا كان تحقيق مصالح الدائن من المعاملة غير ممكن الا بالتعاقد مع المتعهد عنه شخصيا •

ومن استعراض أحكام « التعهد عن الغير » يتبين أن التزام الغير لا يقوم الا على قبوله للعقد المتعهد به ، وأن حريته فى الاختيار بين قبول هذا العقد أو رفضه حرية مطلقة لا تتأثر على أى وجـه بالتعهد عنه ، كما أن التزام الغير بالعقد ، لا ينشأ الا من وقت القبول، مما يكشـف عن أن قواعد « التعهد عن الغـير » لا تورد أى استثناء على مبـدأ عدم التزام الشخص بعقد لم يشترك فيه ، فى القانـون المدنى (٢) •

---

(١) ويقال ان التزام المتعهد عند رفض العقد من الغـير التزام بدلى ، فهو يلتزم أصلا بالتعويض ، ولكنه يستطيع أن يبرىء ذمته من التعويض بالتحمل بالالتزام المتعهد به — السنهورى ، الوسيط فقرة ٣٦٤

(٢) ذلك ان بعض الاتفاقات ذات الطبيعة الخاصة ، فى نطـاق فروع أخرى من فروع القانون ، قد تسمح بالزام شخص بعقد لم يشترك فى ابرامه بنفسه او بممثله ، كما هى الحال فى عقود العمـل المشـتركة (اتفاقيات العمل الجماعية) التى تبرمها النقابات مع أصحاب الاعمال (أو نقاباتهم) لتحديد شروط عامة لعقود العمل التى تبرم بين العمـال من أعضاء النقابة وأصحاب الاعمال الملتزمين بالاتفاقية ، فقد تتضمن هذه الشروط العامة التزامات على العمال ، وتسرى هذه الالتزامـات على العمال الذين يصبحون من أعضاء النقابة بعد ابرام الاتفاقية ، دون حاجة الى قبول منهم لهذه الالتزامات ، ولكن هذه الاتفاقيات لا تعتـبر عقودا بالمعنى المفهوم فى القانون المدنى فهى توصف بأنها اتفاقيات بقوانين conventions-lois او انها نوع من التشريعات المهنية Professionnelles

=

المبحث الثالث

تحديد مضمون العقد وتفسيره

٧٩ — تمهيد :

اذا كان العقد شريعة المتعاقدين ، أى أساس تنظيم علاقتهما ، فهو لا يكون كذلك الا بالنسبة لموضوعه ، أى فى العلاقة الخاصة التى تنشأ بينهما بالعقد . ومن اللازم ، لذلك ، تحديد هذا « الموضوع » ، كوسيلة لتحديد نطاق القوة الملزمة للعقد « من حيث الموضوع » .

وتحديد موضوع العقد أو مضمونه ، يتم بمعرفة ما قصد طرفا العقد الى تحقيقه باتفاقهما ؛ أى تفسير تعبيرهما عن ارادتهما عند التعاقد وتبين قصدهما منه ، وهو تفسير له قواعد ، ينص القانون على بعضها ، يجب اتباعها فى بيان مقاصد المتعاقدين .

ومن معرفة هذه المقاصد تتحدد طبيعة المعاملة التى تتم بالعقد ونوعها أى أنه على أساس تحديد غايات المتعاقدين والآثار التى قصدا الى تحقيقها بالعقد ، يتحدد الوصف القانونى لهذا العقد ، ان كان بيعا أو ايجارا أو شركة أو عارية أو غير ذلك . وهذا الوصف القانونى للعقد (وهو ما يسمى اصطلاحا بتكييف العقد) يؤدى الى مزيد من تحديد مضمون هذا العقد ، فهو الأساس الذى يبنى عليه تحديد الاحكام القانونية التى تنطبق عليه ، وبالتالى تحديد الحقوق والالتزامات التى تنشأ عنه ، بحكم هذا الوصف ، ولو لم يتناولها

= ولذا لا يعتبر امتداد الالتزام بها الى غير اطرافها استثناء على مبدأ عدم التزام الشخص بعقد لم يشترك فيه . وانظر فى طبيعة هذه الاتفاقيات ، مؤلفنا عن البطلان فقرة ٤٧ ومارتى ورينو ، فقرة ٣٣١ وما بعدها ، وانظر ما سبق ، هامش ٢ ص ٣٧٦ و ٣٧٧ .

اتفاق طرفى العقد ، والتى لا يمكن استخلاصها من مجرد تفسير تعبيريهما عن ارادتهما •

وعلى هذا فالكلام عن تحديد موضوع العقد ، يتناول مسألتين ، مرتبطتين ، الاولى : تفسير العقد وتكييفه والثانية : تحديد مضمونه ، أى ما يترتب عليه من حقوق التزامات •

٨٠ ـ تفسير العقد :

هدف التفسير هو البحث عن مقصد كل من طرفى العقد من ابرامه ، ولكن التفسير ينصب على تعبير كل منهما عن ارادته ، سواء أكان هذا التعبير قولا (أو كتابة) أو فعلا من الافعال ، أى أن الغاية من تفسير العقد هى الكشف عن قصد المتعاقد ، وذلك من تعبير الشخص عن هذا القصد • على أن تفسير العقد لا يتم بالكشف عن مقصد كل متعاقد على انفراد ، بل يجب أن يكون ببيان ما اتفقا عليه عند ابرام العقد ، أى تحديد مقاصد كل من طرفى العقد ، فى ضوء ما وقع اتفاقهما عليه ، أى كما يقال عادة ، يجب أن يتم تحديد ما انصرفت اليه النية المشتركة للتعاقدين ، وعدم حصر النظر ، عند التفسير ، فى ارادة كل منهما على حدة •

وتفسير التعبير عن الارادة فى العقد ، كتفسير النصوص القانونية ، لا وجه له ان كان النعبير من الوضوح فى الدلالة على مقصد صاحبه ، بحيث يبدو التفسير أمرا لا لزوم له ، أى أن التفسير لا تقوم اليه حاجة الا عند غموض التعبير عن الارادة فى العقد (١) • وقد نصت المادة ١٥٠ من القانون المدنى ، فى فقرتها

---

(١) فلو نص عقد البيع مثلا على ان دفع الثمن يكون عند تسليم المبيع ، فتحديد وقت وجوب دفع الثمن امر واضح لا غموض فيه لا يحتاج الأمر فيه الى تفسير ، اما لو كان النص على ان دفع الثمن يكون عند وفاء البائع بالتزامه ، فان هذا النص يحتاج الى تفسير لبيان ما اذا
=

الاولى ، على هذا الحكم ، فهى تقضى بأنه « اذا كانت عبارة العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على ارادة المتعاقدين » • وقد سمى النص تفسير التعبير الواضح « انحرافا » للدلالة على حرصه على الالتزام بمقاصد المتعاقدين اذا كان التعبير عنها واضحا لا لبس فيه •

الا أن التعبير عن الارادة قد يكون فى بعض الاحيان محددا لا غموض فى المعنى الذى يؤخذ منه ، ولكنه مع ذلك يكون مخالفا لقصد المعبر عن ارادته ، أو مخالفا للقصد المشترك للمتعاقدين ، فهل يتم التفسير بالتزام المعنى الذى يؤخذ من هذا التعبير دون محاولة لتحرى المقاصد الحقيقية للمتعاقدين ؟ تجيب المادة ٢/١٥٠ من القانون المدنى عن هذا السؤال فتنص على أنه « اذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ، مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجارى فى المعاملات » •

ومن هذا النص يتبين أن تحديد معانى التعبير عن الارادة ، لا يعنى بالضرورة وضوح القصد منه أو تحديد هذا القصد ، فقد يكون التعبير الواضح فى معناه مخالفا للقصد أو غير دال عليه بوضوح ، مما يعنى أن وضوح التعبير الذى يستبعد حاجته الى التفسير ، ليس وضوحه فى ذاته ، بل هو وضوحه فى الدلالة على المقصود به • الا أن من الواجب التزام الحذر فى اتباع هذه الطريق

= كان المقصود بالوفاء بالالتزام هو نقل الملكية ، ان كان يلزم له اجراء خاص ، بالاضافة الى التسليم ، وكذا اية التزامات اخرى يضعها الاتفاق على عاتق البائع ، أم ان المقصود هو وفاء البائع بالتزامه بالتسليم وحده ، او نقل الملكية وحده •

فى كشف مقاصد المتعاقدين ، وتجنب الخروج عن دلالة التعبير الواضح على أساس تحرى المقاصد الحقيقية للمتعاقدين ، الا حيث تـدل ظروف الحال دلالة واضحة ، على أن معنى التعبير لا يمكن أن يكون هو مقصد العاقدين (١) .

وقد حاول الفقه أن يربط بين هذه الاحكام وبين موقف القانون من الاخذ بمذهب معين فى الارادة ، فذهب البعض الى أن القانون بهذا التنظيم لتفسير العقد ، لا يعتد بالارادة الظاهرة الا باعتبارها مظهرا صادقا للارادة الباطنة ، فاذا قام دليل على أن هناك تغايرا ما بين الارادتين ، وجب على القاضى أن يأخذ بالارادة الباطنة دون الارادة الظاهرة (٢) . وهو ما يعنى أن القانون يعتد ، فى تفسير العقـد ، بالارادة الباطنة دون الارادة الظاهرة فى جميع الاحوال . ويذهب البعض الآخر الى أن النص اذ يقضى بالاستهداء بالامانة والثقة بين المتعاقدين ، انما يعنى أن القانون المصـرى يعتد فى تفسير العقـد لا بالارادة الكامنة فى النفس ، ولا بالارادة الظاهرة فى التعبير وحدها ،

---

(١) وهذا يعنى انه يجب ان يفترض عند وضوح دلالة التعبير ، انه مظهر صادق ، لقصد المعبر عن ارادته ، والا يخرج المفسر عن هذه الدلالة الا اذا اقام امامه من ظروف الحال ما يبرر ذلك .

واذا كان الخروج عن الدلالة الظاهرة للتعبير ، فى تفسـير العقد تقوم به احدى المحاكم يجب عليها ان تبين اسباب عدولها عن الدلالة الظاهرة بحيث يتضح من هذا البيان انها قد اخذت فى تفسيرها باعتبارات مقبولة يصح عقلا استخلاص ما استخلصته منها . انظر الاشـارة الى احكام النقض المصرية والفرنسية التى اخذت بذلك فى الوسيط السنهورى، هامش ١ ص ٦٧٢ و ص ٦٧٣ .

ومما سبق يتضح ان تقرير حاجـة التعبير الى تفسـير أو عـدم حاجته الى ذلك من المسائل القانونية التى تخضع فيها المحاكم لرقابـة محكمة النقض ، أما التفسير نفسه ، فمسألة تـدخل فى سلطة محـكمة الموضوع ، وهى تستهدى فى هذا التفسير بالظروف التى احاطت بعبارات العقد ، (نقض ١٩٧٣/٦/١ فى الطعن رقم ٢٤٣ — السنة ٣٧ ق .) .

(٢) السنهورى ، الوسيط ، فقرة ٣٩٣ .

وانما هو يعتد بالارادة التى يمكن التعرف عليها من جميع الملابسات الموضوعية المحيطة بالعقد (١) • ولكننا نعتقد أن طريقة التفسير المحددة فى النص ، لا ترتبط بمذهب معين من مذاهب الارادة ، وانما ترتبط بأن القانون يرتب أحكامه على الاعمال الظاهرة دون النوايا ، فلا يعرف الارادة الا من التعبير عنها ، وان كان يحرص دائما على أن يكون التعبير مظهرا صادقا للارادة ، فان بدا فى المعطيات الظاهرة للمعاملة ، كطبيعتها أو مقتضيات الثقة والامانة ، ما يدل على اختلاف التعبير ، عن الارادة الحقيقية ، فان القانون يتخذ هذه الظاهرة أساسا للاعتداد بالارادة دون التعبير • والدليل على ذلك هو وحدة موقف القوانين المختلفة عن قواعد التفسير ، فالقانون الالمانى الذى يعزى اليه الاخذ بالارادة الظاهرة ينص فى المادة ١٣٣ من القانون المدنى على البحث عن الارادة الحقيقية دون وقوف عند المعنى الحرفى للالفاظ ، كما ينص عليها القانون الفرنسى الذى يعزى اليه الاخذ بالارادة الباطنة فى المادة ١١٥٦ مدنى (٢) •

فالبحث عن الارادة الحقيقية ، وتحرى الارادة المشتركة للمتعاقدين ، فى تفسير العقد ، يتم كما يقول نص المادة ٢/١٥٠ بالاستهداء بطبيعة التعامل وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجارى فى المعاملات • والنص لا يذكر من وسائل كشف الارادة الحقيقية والنية المشتركة للمتعاقدين ، كما يقول الفقه ، الا أمثلة لهذه الوسائل ولا يحصرها ، ولذا يعد من وسائل الاستهداء أيضا ، ما تم تحديده من مسائل فى فترة المفاوضات السابقة على التعاقد ، وكذا الطريقة التى اتبعت فى تنفيذ العقد بعد ابرامه ، أو ما قد يكون متعلقا بالمسألة المختلف عليها فى العقد ، من معاملاتهما وعقودهما السابقة (٣) •

---

(١) اسماعيل غانم ، فقرة ١٥٢ •

(٢) مارتى ورينو ، فقرة ٢١٧ •

(٣) اسماعيل غانم ، الموضع السابق • ومن تفسير العقد فى
=

ويتضمن القانون المدنى الفرنسى فى نصوصه نصائح أو توجيهات فى التفسير ، يرى الفقه انطباقها فى تفسير العقود فى القانون المصرى ، من ذلك أنه مهما كانت عبارات العقد عامة المدلول ، فيجب تخصيصها بموضوع الاتفاق بين الطرفين (المادة ١١٦٣ فرنسى) ، وكذا ما تنص عليه المادة ١١٦٤ فرنسى من أنه اذا ذكر مثل فى العقد لتوضيح الالتزام ، فلا يعنى هذا المثل انحصار حكم العقد فيه دون ما لم يضرب به المثل ، وكذا ما تقضى به المادة ١١٥٧ من حمل عبارات العقد على المعنى الذى يجعلها تنتج أثرا وتفضيله على معنى آخر يجعلها غير منتجة لهذا الاثر (١) وكذا القاعدة التى تقضى بتفسير بنود العقد على ضوء بنوده الاخرى ، وعدم عزل العبارات لاعطائها معنى تنفصل به عن مضمون التعاقد ككل (المادة ١١٦١ مدنى فرنسى) (٢) .

الشك فى ارادة المتعاقدين :

اذا تعذر على المفسر أن يحدد بصورة يقينية مقاصد المتعاقدين ،

= ضوء ما تقتضيه طبيعة المعاملة ، أن يتفق فى عارية على انه اذا هلك المنقول المعار التزم المستعير برد مثله ، فلا يصح تفسير هذا الشرط على انها عارية استهلاك ، بل يجب القول بأن هذا الشرط ية- به بقاؤها عارية استعمال يلتزم المستعير برد نفس الشيء « المعار » وان الاتفاق يتناول حال هلاك الشيء المعار والتزام المستعير برد شيء مماثل . ومما تقتضيه الامانة والثقة بين المتعاقدين ، انه اذا غلط الموجب فى كتابة ثمن سلعة فى رسالته فجعلها ١٠٥ بدلا من ١٥٠ وكان الموجه اليه الايجاب يعلم بأن السعر الحقيقى هو ١٥٠ (وقد يكون هذا ظاهرا فى مفاوضاتها السابقة) ، فمن الثقة والأمانة الا يتمسك بالغلط فى كتابة السعر فى رسالة الموجب . واذا ما اتفق مشترى البضائع مع البائع على تغليفها وفقا للاصول ، فان طريقة التغليف تتحدد وفقا للصورة التى تم بها فى صفقات سابقة مع نفس البائع . وانظر امثلة فى الوسيط للسنهورى ، فقرة ٣٩٦ وما بعدها .

(١) ويعبر عن هذه القاعدة فى اصول الفقه الاسلامى بأن اعمال الكلام خير من اهماله .

(٢) وانظر مارتى ورينو ، فقرة ٢١٩ .

رغم الاستعانة بوسائل التفسير التى أشرنا اليها ، أى اذا لم يستخلص منها ما يرجح معنى على آخر من المعانى التى تؤخذ من التعبير عن الارادة ، وقام الشك فى أى معنى يمكن تفسير التعبير به ، يحدد القانون طريقة التخلص من هذا الشك بنصه فى المادة ١/١٥١ على أن « يفسر الشك فى مصلحة المدين » • ومعنى هذا النص أنه اذا تعذر تحديد مفهوم محدد للتعبير وجب أخذ معناه على الصورة الاكثر فائدة للمدين فى الالتزام الذى يتعلق به شرط العقد (١) ، فاذا قام الشك فى وجوب اعذار المدين ، لاعتباره مقصرا واجباره على التنفيذ فسر ذلك على انه واجب ، لان ذلك أوفى برعاية المدين ، واذا قام الشك فى تحديد وسيلة النقل التى يستخدمها المدين لتسليم ما يلتزم بتسليمه ؛ كان للمدين أن يتخذ أخف الوسائل عبئا ، ما دامت ملائمة لنوع الاشياء المنقولة ، واذا قام الشك فى تحديد الوقت الذى يستحق فيه الوكيل بالعمولة ، عمولته ، اعتبر ذلك وقت تنفيذ الصفقة التى توسط فيها ، لا وقت ابرامها ، باعتبار ذلك أصلح للملتزم بالعمولة •

وتبرر قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين على أساس أن الاصل هو براءة الذمة فاذا قام الشك فى وجود التزام على عاتق شخص أو فى مدى هذا الالتزام ، فاعمال هذا الاصل ، يوجب نفى الالتزام أو حصره فى نطاق ضيق ، لان الالتزام هو الاستثناء والاستثناء لا يتوسع فيه • كما تبرر هذه القاعدة بمبادىء الاثبات على أساس أن الدائن يثبت التزام المدين ، فان قام الشك فى هذه الالتزام أو فى مداه ، كان معنى هذا أنه لم ينجح فى تقديم دليل على وجوده ، أو على المدى الذى يدعيه له ، ولذا لا يؤخذ فيه الا بما ثبت يقينا . فينتفى الالتزام أو يتحدد مداه فى النطاق الضيق لعدم ثبوت غير ذلك • وتبرر كذلك بالقول بأن الدائن يفرض الالتزام على المدين ، فان كان هناك شك فى وجود الالتزام أو فى مداه ، فهو خطأ الدائن ،

---

(١) انظر فى تحديد معنى المدين بأنه المتعاقد الذى يعتبر الشرط عبئا عليه ، ولو كان هذا المتعاقد هو الدائن ، اسماعيل غانم ، فقرة ١٥٢ والمراجع المشار اليها فى هامش ١ ص ٣٠٧ •

وهو الذى يتحمل نتائجه ، فقد كان فى امكانه أن يجعل وجود الالتزام أو مداه أمرا واضحا كل الوضوح فى صياغة التراضى ، وما دام قد تركه محلا للغموض ، فلا حرج فى الميل الى جانب المدين (١) •

وتنص المادة ٢/١٥١ على استثناء من القاعدة المبينة فى الفقرة الاولى فتقضى بأنه « لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن » وهذا يعنى أنه يجب ، عند الشك ، أن يفسر هذا الشك لمصلحة الطرف المذعن سواء أكان دائنا أو مدينا ، بالنسبة للشرط محل التفسير ، كما سبقت الاشارة فى الكلام عن تقسيم العقود الى عقود مساومة وعقود اذعان •

تكييف العقد :

تكييف العقد هو اعطاؤه الوصف القانونى الذى يتحدد بالآثار الاساسية التى اتجه طرفاه الى تحقيقها ، فهذا الوصف يترتب على تحديد مقاصد طرفى العقد ، ومن هنا ارتباطه بتفسير العقد ، وتحديد هذه المقاصد يجب أن يكون بيانا للغايات العملية التى اتجه طرفا العقد الى تحقيقها بصرف النظر عن أية تسمية يطلقها المتعاقدان على هذه المقاصد أو على العقد فى جملته • فالتكييف ، باعتباره تحديد الوصف القانونى للعقد ، عمل قانونى صرف ، لا سلطة فيه لارادة العاقدين، فالعاقدان لهما حق تحديد الآثار العملية التى يرغبان فى تحقيقها بالعقد ، فان تحددت هذه الآثار ، يكون وصف هذا العقد عملا قانونيا محضا ، لانه يعنى ادخال صورة الآثار كما حددها العاقدان فى اطار قانونى معين ، ولذا فالتكييف حق للقاضى ، يقوم به على ضوء تفسير مقاصد العاقدين ، ولكنه لا يلتزم فيه رغبة هذين العاقدين أن كانت تتعارض مع صورة الآثار المقصودة ، فان سميا العقد تسمية لا تتفق مع حقيقته عن جهل أو عن عمد ، كان للقاضى أن يصحح هذه التسمية ، من تلقاء نفسه ،ودون حاجة الى موافقتهما على هذا التصحيح ، بل

---

(١) انظر السنهورى ، الوسيط ، فقرة ٣٩٨ .

ودون أن يطلب اليه أى منهما اجراء هذا التصحيح (١) ، فقد يجد أن العقد بيع وان سماه المتعاقدان ايجارا وقد يجد أنه عقد شركة وان سمياه قرضا ، مثلا .

وتحديد الوصف القانونى للعقد مسألة ذات أهمية عملية ، ذلك أنه بناء على التكييف الذى يأخذ به القاضى للعقد ، قد تتحدد آثاره التى لم يواجه طرفاه تنظيمها باتفاقهما والتى تتكفل بها قواعد القانون المكملة للعقود (٢) .

وبعبارة أخرى فان التكييف يعتبر وسيلة لتحديد مضمون العقد ، لانه يضعه فى الاطار القانونى الذى يسمح ببيان آثاره فى جملتها ، سواء تلك التى واجهها طرفاه أو التى لم يتضمنها اتفاقهما ، كما نرى فيما يلى :

٨١ — تحديد مضمون العقد :

تتناول تحديد مضمون العقد ، فى نصوص القانون المدنى ، المادة ١٤٨ التى تقضى فى فقرتها الاولى بوجوب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ، ثم تنص فى فقرتها الثانية على أن العقد « لا يقتصر على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام » .

ونص المادة ٢/١٤٨ يعنى أن مضمون العقد ، أى ما ينشأ عنه من آثار تتمثل فى حقوق لطرفيه والتزامات عليهما ، لا يقتصر على ما تبين من تفسير هذا العقد ، أن ارادتهما المشتركة قد قصدت اليه ،

---

(١) والتكييف ، بذلك ، مسألة قانونية يخضع فيها القاضى لرقابة محكمة النقض .

(٢) بل ان جواز بعض آثار العقد أو عدم جوازها يرتبط بالتكييف الذى يعطى له فالتكييف لازم لتقدير الصحة والبطلان ايضا .

وانما يشمل أيضا ما يعتبر من مقتضيات العقد أو مستلزماته ، أى ما يعتبر من الآثار التى تترتب عليه بمقتضى طبيعته ، أو وصفه القانونى ، ولو لم يكن طرفا العقد قد واجها هذه الآثار واتفقا على أمر بشأنها • وهذه المستلزمات أو المقتضيات تتحدد أما بحكم القانون، أى بنصوص التشريع ، أو بما يجرى فى شأن العقد من عرف ، أو بالرجوع الى مبادىء العدالة ان لم يكن هناك نص أو عرف يحدد هذه المستلزمات ، كما أن تحديدها ، يتأثر ، كما يقول النص ، بطبيعة الالتزام •

فاذا أبرم عقد بين شخصين ينقل به احدهما للآخر حق ملكية شيء من الاشياء ، بعوض ، وكان هذا العقد بيعا نظرا لان العوض فيه ثمن نقدى ، فان كل ما لم يتفق طرفا العقد على تنظيمه من علاقتهما ، يكون محكوما بالقواعد القانونية التى تتضمنها النصوص المنظمة لعقد البيع كعقد مسمى ، ولذا ينشأ على البائع التزام بالضمان (ضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية) ولو لم يرد له ذكر بين المتعاقدين ، كما تنطبق قواعد القانون فى تنظيم كل التزامات البائع الاخرى والتزامات المشترى ، التى لم يتعرض لها الطرفان عند التعاقد ، مما يبرز دور نصوص التشريع فى تكميل أحكام العلاقة العقدية ، وتحديد مضمون العقد •

كما أن العرف الذى يجرى بشأن العقد الذى يراد تحديد مضمونه ، يسهم أيضا فى تحديد هذا المضمون ، فبيع سيارة يتضمن التزام البائع بتسليم ملحقات جرى العرف على اعتبارها متضمنة فى بيع السيارة كالاطار الاحتياطى وبعض العدد الصغيرة ، ونقل ملكية المحل التجارى يتضمن ، وفقا للعرف ، التزام المالك بتسليم دفاتره ووثائقه الى المشترى ليستطيع أن يبنى عليها معرفة واضحة بحقوق المحل وديونه وصلته بعملائه وهكذا •

وقد استند القضاء الى مبادىء العدالة ، لتقرير التزامات اضافية على عاتق المتعاقدين ، ترتبط بالالتزامات الاصلية ، تؤكد فائدتها

وتعين على تحقيق أهدافها ، من ذلك اعتبار الملتزم بنقل الاشخاص ملتزما أيضا بضمان سلامتهم حتى وصولهم الى المكان الذى ينقلون اليه ، وكذا اعتبار بائع المحل التجارى ملتزما بالامتناع عن أى عمل يؤدى الى انتزاع عملاء المحل التجارى من المشترى ، ما دام قد حصل فى الثمن على مقابل ثقة هؤلاء العملاء فى هذا المحل • والتزام العامل الذى يطلع على أسرار صاحب العمل ، بعدم افشاء هذه الاسرار ولو لم ينص عقد عمله على مثل هذا الالتزام ، والتزام المستأمن باطلاع شركة التأمين على كل ما يؤثر على جسامة الخطر الذى تضمنه الشركة ، وغيرها (١) •

ومما سبق يتضح أن تحديد مضمون العقد ، أمر يختلف عن تفسيره ، فالتفسير هو الكشف عن مقاصد العاقدين من تعبيرهما عن ارادتهما ، أما تحديد المضمون فيعنى رسم صورة كاملة لحقوق والتزامات كل من الطرفين كما تفرضها طبيعة العقد ، ولو كان ذلك باضافة حقوق والتزامات لم يواجهها الطرفان للاتفاق عليها صراحة أو ضمنا ، بتطبيق أحكام القانون المستمدة من النصوص أو العرف أو العدالة (٢) •

المبحث الرابع
جزاء الاخلال بالزام العقد

٨٢ — تمهيد :

القوة الملزمة للعقد تقتضى قيام كل طرف فيه بتنفيذ ما يقع على عاتقه من التزامات تنشأ بالعقد ، بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ، وفقا لنص المادة ١/١٤٨ من القانون المدنى ، كما سبقت الاشارة • فان قعد عن تنفيذ هذه الالتزامات كان من الممكن اجباره

---

(١) وانظر السنهورى ، فقرة ٤٠٤ وما بعدها .

(٢) وان كان القضاء فى تقرير بعض هذه الآثار يلجأ الى اعتبارها نتيجة لتفسير ارادة المتعاقدين ، أنظر مارتى ورينو ، فقرة ٢١٦ .

على ذلك ، بالوسائل التى جعلها القانون فى يد الدائن لحمل مدينه على الوفاء ، ووفقا للقواعد التى ينظم بها القانون التنفيذ الجبرى للالتزامات بصفة عامة ؛ أى سواء أكانت التزامات ناشئة عن الارادة أو عن أى مصدر آخر من مصادر الالتزام (١) (وهى القواعد التى تدرس عادة فى أحكام الالتزام) ومع الزامه بتعويض أية أضرار ترتبت للدائن على تأخره فى تنفيذ التزاماته طواعية ، فى الوقت الذى كان يجب فيه تنفيذها (تعويض عن التأخير) .

واجبار المتعاقد على التنفيذ لا يتصور الا ان كان هذا التنفيذ ممكنا ، أى اذا كان التنفيذ العينى لم يصر مستحيلا سواء أكان ذلك لسبب لا يرجع الى المدين (سبب أجنبى) كالقوة القاهرة ، أم كان بسبب فعل المدين نفسه الذى يجعل التنفيذ العينى غير ممكن (٢) . ولكن ان كانت استحالة التنفيذ بسبب أجنبى ، فان المتعاقد لا يكون مسئولا عن ذلك ، ولذا لا يمكن توقيع أية جزاءات عليه بسبب عدم التنفيذ ؛ أما ان ترتبت استحالة التنفيذ على فعل المتعاقد ، فانه يكون مسئولا عن عدم التنفيذ ، مسئولية تقوم على التزامه بالعقد ، ولذا توصف بأنها مسئولية عقدية ، تقتضى الزامه بمقابل ما كان يجب عليه تنفيذه عينا ، وذلك بتعويض الدائن عن كل ضرر يلحقه من عدم التنفيذ ، فيكون تنفيذ الالتزام العقدى ، تنفيذا بمقابل هو التعويض (٣) .

والمسئولية العقدية عن التعويض ، صورة من المسئولية المدنية أساسها العقد ، وهى تتفق مع المسئولية المدنية غير القائمة على العقد

---

(١) ومنها احكام فى المواد من ٢٠٣ الى ٢١٤ من القانون المدنى .

(٢) فلا يمكن اجبار مؤجر الدار على تنفيذ التزامه بتسليم العين المؤجرة ، اذا هلكت العين نتيجة زلزال ، وكذا لا يتصور اجباره على ذلك ان كان قد هدم البناء بنفسه ، ولو بغير مبرر .

(٣) تنظم تنفيذ الالتزام بطريق التعويض ، المواد من ٢١٥ الى ٢٣٣ من القانون المدنى .

(المسئولية القائمة على الفعل الضار والتى تسمى المسئولية التقصيرية) فى أركانها ، فيلزم لقيامها توافر الخطأ من المسئول والضرر لدى طالب التعويض ، وأن يكون هذا الضرر ناتجا عن الخطأ (علاقة السببية) ؛ ولكن المسئولية العقدية لها ، بسبب طبيعة الاساس الذى تقوم عليه ، وهو الالتزام الارادى (أو الالتزام بالعقد) ، أحكام خاصة تتميز بها عن المسئولية التقصيرية فى بعض المسائل ، كما فى تحديد معنى الخطأ الموجب للمسئولية أو مدى الضرر الذى يجب تعويضه ، وكذا فى جواز الاتفاق على اعفاء المدين من هذه المسئولية . ومع ذلك فالفقه يجرى على دراسة أحكام المسئوليتين العقدية والتقصيرية معا ، كصورتين للمسئولية المدنية ، بمناسبة الكلام عن الفعل الضار كمصدر للالتزام بالتعويض ، حيث تجرى المقارنة بين قواعد المسئولية العقدية وقواعد المسئولية التقصيرية فيما يكون بينهما من خلاف .

وقد سبقت الاشارة الى أنه فى العقود الملزمة للجانبين ، تستخدم وسيلة خاصة لحمل طرفى العقد على الوفاء ، هى الدفع بعدم التنفيذ ، كما أن عدم التنفيذ يسمح بتطبيق صورة خاصة للجزاء ، هى حل الرابطة العقدية (الفسخ) ، كطريق لحرمان الطرف المقصر من الميزات التى حصل عليها بالعقد ورد الحرية الى الطرف الآخر ، لاعادة ابرام العقد مع الغير ، مع حقه فى تعويض ما أصابه من أضرار بسبب عدم تنفيذ العقد الاول ، وهذا الفسخ يتم بحكم القضاء بناء على طلب ذى المصلحة (فيسمى الفسخ القضائى) ، ولكن من الممكن أن يشترط هذا الفسخ فى العقد منذ البداية ، أى وقت ابرام العقد ، فيقع بتحقق سببه دون حاجة الى الالتجاء الى قضاء (ويسمى الفسخ الاتفاقى) ، كما يمكن أن يتم الاتفاق على فسخ العقد بين طرفيه ، فى وقت لاحق لا برامه ، فيقيل كل منهما الآخر من التزاماته العقدية ، ولذا يسمى هذا الاتفاق « التقايل » . ومن ناحية أخرى قد يستحيل تنفيذ التزام أحد الطرفين بقوة قاهرة ، أى لسبب لا دخل للملتزم فيه ، فيؤدى هذا الى انقضاء التزامه ، ويترتب على ذلك اعفاء

الطرف الآخر ، بدوره ، من الالتزام المقابل ، على أساس انحلال الرابطة العقدية نتيجة لسقوط الالتزام بالقوة القاهرة ، وهو الانحلال الذى يسمى « انفساخ العقد » ، لوقوعه بقوة القانون ، فلا يكون هناك تنفيذ للعقد ، ولا تكون هناك أيضا مسئولية عن عدم التنفيذ •

وهذه المسائل الاخيرة ، الخاصة بالعقود الملزمة للجانبين ، الدفع بعدم التنفيذ والفسخ والانفساخ هى المسائل التى يتناولها الفقه عادة فى كلامه عن جزاء القوة الملزمة للعقد ، محيلا فى المسائل الاخرى، وهى التنفيذ العينى أو التنفيذ بمقابل (أى تعويض الدائن عن عدم التنفيذ عينا) ، والمسئولية العقدية ، الى دراسة أحكام الالتزام بصفة عامة ، أو دراسة المسئولية المدنية ، تجنبا للتكرار • ونحن لا نرى بأسا فى اتخاذ هذه الخطة ما دامت دراسة نظرية العقد تتم فى اطار دراسة شاملة لمصادر الالتزام وأحكامه ، ولكننا مع ذلك نرى ضرورة الاشارة بايجاز ، فى بيان جزاء القوة الملزمة للعقد ، الى بعض قواعد المسئولية العقدية ، التى يبدو فيها اختلافها عن المسئولية « التقصيرية » ، قبل الكلام عن الجزاءات الخاصة بالعقود الملزمة للجانبين ، وعلى ذلك يكون كلامنا عن المسائل الآتية :

أولا : بعض قواعد المسئولية العقدية ، بيان معنى الخطأ العقدى ، ومدى التعويض عن الضرر فيها ، وحكم الاتفاق على تقدير التعويض مقدما ، واتفاقات الاعفاء من المسئولية العقدية •

ثانيا : الجزاءات الخاصة بالعقود الملزمة الجانبين : الدفع بعدم التنفيذ ، والفسخ القضائى والاتفاقى والانفساخ •

ونجعل لكل طائفة من هذه المسائل ، فرعا من فرعى هذا المبحث •

الفـــرع الاول

بعض قواعـــد المسئولية العقـــدية

٨٣ — معنى الخطـــأ العقـــدى :

يتوافر الخطأ العقدى ، الذى تقـــوم على أساسه المســـئوليه العقدية ، اذا لم يقم الشخص الذى يلتزم بالعقد ، بتنفيـــذ التزامه الناشىء عن هذا العقد تنفيذا عينيا ، سواء أكان عدم التنفيذ بالامتناع أصلا عن القيام بما يوجبه العقد ؛ أو كان بتنفيذ غير مطابق لمـــا تم الاتفاق عليه أو غير محقق للهدف من العقد ، وســـواء أكان عـــدم التنفيذ قد حدث عمدا ، أو ترتب على اهمال دون أن يكون مقصودا ، وبلا حاجة الى أن يقوم صاحب المصلحة فى التنفيذ ، باثبات العمد أو الاهمال ، فمجرد عدم تنفيذ التزام ناشىء عن العقد يعتبر خطأ تترتب عليه مسئولية من يقع على عاتقه الالتزام الذى لم ينفذ (١) . ولكن يلاحظ مع ذلك أنه اذا أثبت الملتزم بالعقد أن عدم قيامه بالتنفيـــذ يرجع الى أسباب خارجة عن ارادته ولم تكن له يد فيها ، كما لم يكن فى وسعه التغلب عليها ، كما لو كان عدم التنفيذ راجعا الى قـــوة قاهرة أو بعبارة أعم اذا كان عدم التنفيذ ناشئا عن سبب أجنبى (٢) ؛ فانه لا يكون مسئولا .

ولكن معنى عدم التنفيذ يختلف بحسب موضوع الالتزام ، فاذا كان ما تعهد به المتعاقد هو تحقيق نتيجة معينة ، فان عـــدم التنفيذ يتمثل فى مجرد عدم تحقق النتيجة ، ولو بذل الملتزم كل جهده ، دون جدوى ، فى العمل على تحقيقها ، أما لو كان موضوع الالتزام هـــو

---

(١) اذا كان التزاما بنتيجة .

(٢) فبالاضـــافة الى القوة القاهرة قد يكون عدم التنفيذ راجعـــا الى خطأ الدائن ، أو الى فعل شخص من الغيـــر . وانظر الوســـيط للسنهورى ، فقرة ٤٥٤ .

ببذل جهد معين دون التزام بتحقيق نتيجة هذا الجهد ، فان عدم التنفيذ يتمثل عندئذ فى عدم بذل الجهد بالمقدار المتفق عليه أو ذلك القدر الذى يستلزمه القانون ، أو الجهد المعقول وفقا لطبيعة المعاملة ، فاذا كان المتعاقد قد بذل الجهد الذى يلتزم ببذله ، فانه يكون قد نفذ التزامه ، ولو لم تتحقق النتيجة المقصودة • والتزام البائع بنقل ملكية المبيع الى المشترى ، وكذا التزام مقاول المبانى ببناء منزل ، والتزام شخص بالامتناع عن عمل ، كالامتناع عن اقامة بناء أو مزاولة نشاط معين ، كلها التزامات بتحقيق نتيجة (١) ، يعتبر المتعهد بها مسئولا فى مواجهة الدائن بها ، ان لم تتحقق هذه النتيجة ، ولو بذل المدين بها غاية جهده لتحقيقها ، ما دامت العقبات التى قامت فى سبيل التنفيذ لا تصل الى حد اعتبارها سببا أجنبيا ، ينفى عنه هذه المسئولية • أما التزام الطبيب حيال المريض أو المحامى حيال المتقاضى ، فهو التزام ببذل الجهد لمحاولة تحقيق هدف معين ، دون التزام بتحقيق هذا الهدف ، فالطبيب لا يتعهد بشفاء المريض والمحامى لا يتعهد بكسب دعوى موكله ، ولكن كلا منهما يتعهد ببذل عناية (٢) أملا فى تحقيق نتيجة معينة (٣) • ودرجة العناية التى يلتزم بها المتعهد قد تحدد بشرط الاتفاق أو حكم القانون ، فان لم تحدد لذلك درجة خاصة ، كانت العناية الواجبة هى عناية الشخص العادى ، وقد نص القانون المدنى على ذلك فى المادة ١/٢١١ التى تقضى بأنه « فى الالتزام بعمل ، اذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشىء أو أن يقوم بأدائه أو أن يتوخى الحيطة فى تنفيذ التزامه ، فان المدين يكون قد وفى بالالتزام اذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود ، كل هذا

---

(١) لذا تسمى التزامات بنتيجة obligations de résultat

(٢) ويسمى التزامه التزاما ببذل عناية او التزاما بوسيلة obligation de moyen

(٣) ومن صور الالتزام ببذل العناية ، كل التزام بالمحافظة على شىء فى يد المتعهد بالمحافظة •

ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غيره (١) .

ويلاحظ أن اختلاف معنى عدم التنفيذ ، له نتائج تظهر فى اثبات عدم التنفيذ ، فالدائن فى الالتزام بنتيجة ، الناشىء عن العقد ، يثبت خطأ الملتزم بمجرد اثبات عدم تحقق النتيجة المشترطة ، أما ان كان الالتزام ببذل عنية ، فخطأ المدين لا يثبت الا ان أقام الدائن الدليل على نقص عناية المدين فيما بذل من جهد ، عن درجة العناية التى يلتزم بها ، وهو اثبات أكثر صعوبة من اثبات مجرد عدم تحقق نتيجة معينة (٢) .

٨٤ — مدى التعويض عن الضرر فى المسئولية العقدية :

لا يكفى مجرد توافر خطأ فى جانب المتعاقد الذى لا يقوم بتنفيذ التزامه ، لتنشأ على عاتقه مسئولية عن التعويض، بل يجب أن يترتب على عدم التنفيذ ضرر للدائن بالالتزام الذى لم يتم تنفيده ، فالمسئولية العقدية ، كالمسئولية المدنية بصفة عامة ، مضمونها التزام

---

(١) والقانون يرفع درجة العناية الواجبة من المتبرع له ، فالمستأجر يلتزم بعناية الشخص العادى فى حفظ الشىء المستأجر (م ١/٥٨٣ مدنى) . اما المستعير (وهو متبرع له) فالعناية الواجبة عليه فى حفظ الشىء المعار هى عنايته بالنسبة لأمواله بشرط الا تقل عن عناية الشخص العادى (م ٦٤١) اى يلتزم بما هو اكثر من عناية الشخص العادى اذا كان شديد العناية بماله . والمتبرع تخفف درجة العناية الواجبة عليه ، فالمودع لديه بغير اجر يلتزم فى حفظ الوديعة بعنايته فى حفظ ماله ، دون الزامه بما يجاوز عناية الشخص العادى (المادة ٧٢٠ مدنى) اى انه لو كانت عنايته بماله اقل من عناية الشخص العادى ، لا يلتزم فى حفظ الوديعة باكثر من عنايته بماله .

(٢) اما فى المسئولية خارج نطاق العقد ، التى تسمى المسئولية التقصيرية ، فان المطالب بتعويض الضرر ، يجب عليه ان يثبت خطا الملتزم بالتعويض ، ليحكم له بهذا التعويض ، فى غير الحالات التى يفترض القانون فيها هذا الخطأ ، كما نرى فى دراستنا للمسئولية المدنية غير العقدية (الفعل الضار او المسئولية التقصيرية) .

المسئول بتعويض ما ينتج عن خطئه من ضرر (١) . فالتعويض يقتضى وقوع الضرر ، ويتم تحديده بقدر الضرر لا يزيد عنه ولا ينقص (٢) .

ولكن المسئولية العقدية تختلف ، مع ذلك عن المسئولية « التقصيرية » أى غير العقدية ، فى تحديد ما يعتبر ضررا يلتزم المدين المقصر بتعويضه ، فاذا كان التعويض فى المسئولية « التقصيرية » يستحق عن كل ضرر ترتب على الفعل الضار (ضرر مباشر) ، سواء أكان هذا الضرر يتوقع حدوثه من هذا الفعل أم لا يتوقع حدوثه ، فانه فى المسئولية العقدية ، لا يكون التعويض الا عن حد معين من الضرر المترتب على تقصير المتعاقد ، وهو الضرر الذى يتوقع حدوثه من هذا التقصير ، وفقا للمألوف ، عند التعاقد ، ولكن هذا هو حكم الصورة العادية للتقصير ، أى التقصير الذى يعد اهمالا غير مقصود ، أما فى حال العمد فى الاخلال بالالتزام العقدى ، ويشبه به الخطأ الجسيم ، فان تقدير الضرر الواجب التعويض عنه ، لا يقف عند الضرر المتوقع ، بل يجاوز ذلك الى أى ضرر ولو كان غير متوقع (ما دام مباشرا) كما هى الحال فى المسئولية « التقصيرية » .

وقد نصت على هذه الاحكام ، المادة ٢٢١ من القانون المدنى ، التى تقضى بأنه « اذا كان الالتزام (الذى لم يتم الوفاء به أو حدث تأخر فى ذلك) مصدره العقد ، فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشا

---

(١) والضرر المترتب على الخطأ ، ضرر تتوم بينه وبين هذا الخطأ صلة السببية ، ولذا يوصف فى الفقه بأنه ضرر مباشر ، فالضرر الذى يعوض عنه هو الضرر المباشر ولا تعويض عن الضرر غير المباشر .

(٢) الا فى الأحوال التى يسمح فيها القانون باختلاف مقدار التعويض عن مقدار الضرر ، فعديم التميز الذى لا يوجد مسئول عنه ، يمكن الزامه بتعويض عادل قد يقل عن الضرر (المادة ١٦٤ / ٢) . والممتنع عن تنفيذ التزامه ، الذى يهدد بالغرامة فلا يستجيب ، يمكن الحكم عليه بتعويض يجاوز قدر الضرر ، وفقا لمدى تعنته فى عدم التنفيذ (المادة ٢١٤ مدنى) ، كما يمكن ان يجاوز التعويض قيمة الضرر فى حال الشرط الجزائى (المادة ٢/٢٦٤ مدنى) .

أو خطأ جسيما الا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عـادة وقت التعاقـد » •

ويضرب الاستاذ السنهورى (١) ، مثلا لتوضيح وصف الضرر بأنه مباشر أو غير مباشر ، متوقع أو غير متوقع ، بحال مستأجر دار لا يقوم المؤجر له بالاصلاحات الضرورية اللازمة لها والتى اشترطها المستأجر عند الاتفاق على الايجـار ، فيترك المستأجر هـذه الدار ليستأجر أخرى مماثلة لها ، ولكن أجرتها أكثر ، وفى أثناء نقل منقولاته الى الدار الجديد تتلف بعض هذه المنقولات وبعد انتقاله اليها يصاب بمرض معد كانت جراثيمه فى هذه الدار الجديدة ، يكلفه كثيرا من النفقات لعلاجه كما يعطله عن ادارة أعماله ، ويقول ان زيادة أجرة الدار الجديدة التى يلتزم بهـا المستأجر ، ضرر مبـاشر يترتب على اخلال المؤجر بالتزامه بالاصلاحات واضطرار المستأجر الى استئجار الدار الاخرى ، وهو ضرر متوقع مع توقع زيادة أجرة الدور ، ومع العجلة التى يكون فيها المستأجر فى البحث عن دار أخرى ، وتلف الاثاث يمكن القول بأنه ضرر مباشر أيضا ، أصاب المستأجر نتيجـة لاضطراره للانتقال بسبب عدم قيام المؤجر بالاصلاح ، ولكن مثل هذا الضرر لا يحدث دائما أثناء نقل الاثاث والامتعة ، ولذا يعـد ضررا غير متوقع (لا يلتزم المؤجر ، فى الاصل ، بتعويضه ولو أنه مترتب على فعله الا ان كان فى عدم قيامه بالاصلاح عامدا أو مرتكبا خطأ جسيما) ، أما الاصابة بالمرض وما ترتب عليها من أضرار ، فهو ضرر غير مباشر ، لانه لم يترتب على تقصير المؤجر الاول ، بل هو نتيجة لتقصير المؤجر الثانى فى عدم تطهير الدار من جراثيم المرض المعدى ، ولذا لا يتصور أن يسأل المؤجر الاول عن تعويضه (٢) •

---

(١) الوسيط ، فقرة ٤٥١ •

(٢) واقتصار مسئولية المتعاقد المقصر على الضرر المتوقع يرتبط بمصدر المسئولية أو اساسها ، وهو ارادة الملتزم ، اذ يجب أن يحـدد

والضرر المتوقع ، الذى تقتصر مسئولية المتعاقد على تعويضه ، هو الضرر الذى يتوقع سببه ويتوقع أيضا مقداره ، وفقا للمألوف فى نوع المعاملة التى تتم بالاتفاق ، فاذا تعهد مقاول نقل ، بنقل صندوق مغلق ، لم يسأل طالب نقله عن محتوياته ، ولم يطلب صاحبه اجراءات

مدى الالتزام فى ضوء ارادة الملتزم ، او ما يمكن افتراض انه ارادته ، فاذا تصورنا انه عند الالتزام ، قد واجه فرض عدم تنفيذ الالتزام من جانبه ، ليحدد ما يترتب على ذلك من نتائج ، لوجب القول بأنه يحدد مسئوليته عن التعويض بالأضرار التى تحدث عادة عند تخلف تنفيذ مثل التزامه ، اى يحددها بالضرر المتوقع عادة ، فى مثل المعاملة التى يبرمها . ومعنى هذا ان قصر مسئوليته على التعويض عن الضرر المتوقع يقوم على تفسير ارادة الملتزم على انها تتضمن تحديدا اراديا المسئولية ، قبله الطرف الآخر فاصبح اتفاقا بينهما على حصر المسئولية فى هذه الحدود ، ومثل هذا الاتفاق لا يكون صحيحا اذا قصد به الاعفاء من الاخلال العمدى بتنفيذ الالتزام ، لانه يكون عندئذ حماية للغش ، لا يسمح بها القانون . ويعتبر كالعمد ، الخطأ الجسيم ، وهو السلوك الذى لا يقبل من اقل الناس عناية ، فلا ينسحب الاتفاق على حصر نطاق المسئولية ، الى الأضرار التى تحدث نتيجة الغش او الخطأ الجسيم ، بل تقوم مسئولية المتعاقد عن تعويضها ولو كانت غير متوقعة .

ويذهب الفقه فى تفسير مسئولية المتعاقد عن الضرر المتوقع ، مع استثناء حال الغش أو الخطأ الجسيم ، مذاهب متعددة ، فالبعض يقول ان المسئولية العقدية مقصورة على الضرر المتوقع وحده ، ولذلك يرى أن المتعاقد يسأل عن الضرر المترتب على غشه او خطئه الجسيم مسئولية « تقصيرية » لا عقدية على اساس أن مسئوليته تنقلب من عقدية الى تقصيرية فى هذه الحال . ويذهب البعض الآخر الى ان مسئولية المتعاقد تظل عقدية رغم الغش أو الخطأ الجسيم ، ولكن المسئولية عن الضرر غير المتوقع عندئذ تكون صورة من العقوبة الخاصة التى يقررها القانون . ويذهب السنهورى ، الى ان الأصل فى المسئولية ولو كانت عقدية ، ان تكون عن كل الضرر سواء أكان متوقعا ام غير متوقع ، وأن قصرها فى حال المسئولية العقدية على الضرر المتوقع هو نتيجة تفسير ارادة المتعاقدين على اساس افتراض اتجاه ارادة الملتزم الى تحديد مدى مسئوليته (الوسيط ، فقرة ٤٥٢) . وهو الرأى الذى ظهر ميلنا اليه فيما سبق .

حفظ أو عناية خاصة به عند الاتفاق على نقله ، ثم فقد هذا الصندوق ، وتبين أنه كان يحتوى على أشياء كبيرة القيمة كتحف أو أحجار نفيسة لم يكن الناقل مسئولا عن تعويض كل قيمة هذه الاشياء ، لانه وفقا للمألوف لا يتم الاتفاق على نقل مثل هذه الاشياء الثمينة دون التنبيه الى قيمتها الخاصة ، فان لم يحدث مثل هذه التنبيه فمن حق الناقل أن يعتقد أن المنقول سلع عادية ، وأن يتوقع الا يلزم بالتعويض عن تلفها أو فقدها الا فى حدود قيمة سلعة عادية ، أى ألا يتجه قصده (الاحتمالى) الى الالتزام بالتعويض عند اخلاله بالتزامه الاصلى ، الى ما يجاوز ما توقعه من مقدار الضرر الذى يترتب على هـذا الاخـلال (١) •

والقول بأن الضرر متوقع أو غير متوقع لا يرجع فيه الى الحال الفعلية للمتعاقد المسئول ، وانما يرجع الى معيار موضـوعى ، أى يعتبر الضرر متوقعا أو غير متوقع ، بالنظر الى شخص عادى فى مثل الظروف التى تم فيها الاتفاق (دون أن ينسب الى المسئول اهمال فى توقع الضرر) ، لا على أساس معرفة ما اذا كان المسئول قد توقـع هذا الضرر أو لم يتوقعه فعلا ، وانما على أساس ما كان يجب أن يتوقعه • وهذا واضح من نص المـادة ٢٢١ مدنى التى تقصر مسئولية المتعاقد على تعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد •

٨٥ ــ الاتفاق على تقدير التعويض مقدما :

قد يعنى طرفا الاتفاق فى معاملة من المعاملات ، كمقاولة على بناء منزل أو صنع أثاث ، بتقدير ما يستحق على أحدهما من تعويض نتيجة

---

(١) فلا يكفى ان يكون التوقع لسبب الضرر ، كسرقة الصـندوق بوساطة عماله ، او الاهمال فى حراسته او فى حفظه ، بل يلزم التوقـع ايضا لمقدار الضرر •

وتوقع الضرر أو عدم توقعه ينظر فيه الى وقت الاتفاق ، وهـذا واضـح من نص المـادة ٢٢١ نفسـها ــ انظر الوسيط للسنهـورى ، فقرة ٤٥٣ •

لاخلاله بالتزامه العقدى ، فيتفقان مثل على أن مقاول بناء المنزل يلتزم بمبلغ خمسين جنيها تعويضا عن تأخر كل يوم بعد الاجل المحدد للفراغ من البناء وتسليم المنزل . هذا الاتفاق على تقدير التعويض مقدما يسمى الشرط الجزائى(١) وهو تقدير جزافى للتعويض ، أى تقدير لا يراعى فيه مقدار الضرر ، وانما يقصد به على الخصوص حمل الملتزم على تنفيذ التزامه وتحذيره من الاخلال به ، مما يفسر أنه يقدر عادة بأكثر من الضرر المتوقع ، بقصد اخافة الملتزم من الاخلال بالتزامه(٢) .

وقد نص القانون المدنى فى المادة ٢٢٣ على صحة هذا الشرط ، فقضى بأنه « يجوز للمتعاقد أن يحدد مقدما قيمة التعويض بالنص عليها فى العقد أو اتفاق لاحق ... » . واذا كان واضحا من هذا النص أن الشرط الجزائى اتفاق على تقدير التعويض ، فلابد أن يكون استحقاق هذا التعويض منوطا بتوافر شروط المسئولية العقدية ، من وقوع ضرر للدائن وثبوت تقصير الملتزم فى الوفاء بالتزامه ، وترتب الضرر على هذا التقصير(٣) .

وقد نصت المادة ٢٢٤ من القانون المدنى المصرى على أهمية وقوع الضرر للدائن كشرط لاستحقاق التعويض المتفق عليه ، فقضت بأن « لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقا اذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر » ، وقد جعلت اثبات انتفاء الضرر على عاتق المدين ، ولم تجعل على عاتق الدائن المطالب بالتعويض وفقا الشرط ، اثبات حدوث هذا الضرر . كما نصت المادة ٢٢٣ فى نهايتها على

---

(١) clause pénale

(٢) ولذا يكون للشرط الجزائى ، عادة ، طابع تهديدى .

(٣) ويترتب على ذلك ايضا ان الدائن لا يستحق عند تقصير المدين ، سوى التعويض المتفق عليه ، فليس من حقه أن يجمع بين الجزاء المشترط والتعويض عن الضرر ، كما كانت الحال فى القانون الرومانى .

ضرورة توافر أركان المسئولية الاخرى ، باشارتها الى مراعاة أحكام المواد من ٢١٥ الى ٢٢٠ من القانون المدنى ، التى تشير الى ضرورة نسبة الخطأ الى المدين فى عدم الوفاء بالالتزام حتى يكون ملتزما بالتعويض ، كما توجب أن تقوم علاقة السببية بين تقصير المدين وما يحدث للدائن من ضرر ، كما توجب كذلك اعذار الدائن للمدين ، كشرط لاستحقاق التعويض ، الا فى الحالات التى يعفى القانون فيها الدائن من اعذار المدين (والتى تحددها المادة ٢٢٠ مدنى)(١) •

على أنه اذا ثار النزاع بين أطراف الاتفاق على الشرط ، بعد وقوع الاخلال بالتزام ، ورفع الدائن الى القضاء مطالبته بالتعويض المتفق عليه ، لا يلتزم القاضى بالضرورة بأن يحكم بقيمة الشرط اذا تبين له أن تقدير التعويض وفقا له كان مبالغا فيه بدرجة كبيرة بالنسبة الى الضرر الحادث للدائن ، أو اذا كان الالتزام ، (الذى اتفق على الشرط حثا على تنفيذه) قد نفذ فى جزء منه(٢) ، اذ يستطيع القاضى أن يخفض التعويض المتفق عليه ، ليجعله متناسبا مع الضرر المترتب على الاخلال بالالتزام(٣) •

ومن ناحية أخرى اذا تبين أن الضرر الذى حدث للدائن يجاوز قيمة التعويض المتفق عليه ، فالاصل أن هذا الدائن لا يستطيع أن يطالب بأكثر من قيمة الشرط ، الا اذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما ، كما لو كان قد امتنع عمدا عن التنفيذ قصدا الى

---

(١) وما دام التنفيذ العينى لالتزام المدين ممكنا ، دون أن يكون مرهقا له ، فللدائن الحق فى طلب التنفيذ العينى ، ولا يجبر على قبول التعويض وفقا للشرط الجزائى ، الا اذا استحال او تعذر التنفيذ العينى. (المادة ٢٠٣ مدنى) .

(٢) والمدين هو الذى يكلف باثبات المبالغة او التنفيذ الجزئى ، بنص المادة ٣/٢٢٤ .

(٣) ولكن هذا لا يعنى ان القاضى يلتزم ان يحكم بالتعويض المساوى تماما للضرر ، بل هو يعدل اتفاق الطرفين عندئذ بما يجعل التعويض مقاربا للضرر ، وغير زائد عنه الى حد كبير .

انزال الضرر بالدائن متعللا بأعذار غير حقيقية ، ففى هذه الحال ، للدائن أن يطالب المدين بتعويض كل الضرر ولو جاوز التعويض الذى يطلبه ما تم تقديره بالشرط الجزائى • والواقع أن الوقوف وقوفا جامدا عند التعويض المقدر بالاتفاق ، ورفض تعويض الضرر الزائد فى حال الغش أو الخطأ الجسيم ، يعتبر تصحيحا للاعفاء من المسئولية عن التعويض فى هذه الحال بمقتضى الاتفاق على تقدير التعويض ، وهو اعفاء غير جائز كما سنرى فى الكلام عن اتفاقات الاعفاء من المسئولية (وفقا للمادة ٢/٢١٧ من القانون المدنى)(١) •

والاتفاق على تقدير التعويض مقدما ، بالشرط الجزائى • لا يتصور عملا ، فى حال المسئولية التقصيرية التى تترتب خارج نطاق العقد ، كالمسئولية عن أضرار الحوادث مثلا ، لعدم قيام صلة سابقة بين طرفى المسئولية •

٨٦ ـ الاعفاء من المسئولية العقدية :

تنص المادة ٢١٧ من القانون المدنى على أنه :

« ١ ـ يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجىء والقوة القاهرة • ٢ ـ وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى الا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم ، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه • ٣ ـ ويقع باطلا كل شرط يقضى بالاعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع » •

---

(١) وهذا الحكم ماخوذ به فى فرنسا ، رغم ان نص القانون الفرنسى فى المادة ١١٥٢ مدنى ، يقضى بانه لا تجوز زيادة التعويض عن المتفق عليه بالشرط الجزائى ، مارتى ورينو ، فقرة ٥٤٤ مكرر •

ويلاحظ ان كلا من القانون الالمانى (فى المادتين ٣٤٠ و ٣٤٣) وقانون الالتزامات الاتحادى فى سويسرا (فى المادتين ١٦١ و ١٦٣) يجعلان الشرط قابلا للتخفيض او للزيادة وفقا لمقدار الضرر ـ المرجع السابق ص ٥٤٣ •

وهذه المـادة لا تتناول شرط الاعفاء من المسئولية العقدية وحده، بل تتناول أيضا شرط تشديد هذه المسئولية ، فهى تقضى فى فقرتها الاولى بجواز الاتفاق على اعتبار المتعاقد مسئولا عن عـدم تنفيـذ التزامه ، ولو كان عدم التنفيذ ناتجا عن سبب لا يد له فيه ولا قدرة له على التغلب عليه ، كما لو كان ناتجـا عن حادث مفـاجىء أو قوة قاهرة ، وبصفة عامة ان كان راجعا لسبب أجنبى .

وفى الفقرة الثانية تتناول المـادة ٢١٧ حكم الاتفاق على الاعفاء من المسئولية العقدية فتقضى بصحته فى غـير حال العمد أو الخطـأ الجسيم ، أى أن شرط الاعفاء من المسئولية العقدية يعنى عدم قيام حق الدائن فى الرجوع على المتعاقد بطلب التعويض ، اذا لم يتم تنفيذ التزامه ، بشرط ألا يكون عدم التنفيذ عمدا من جانبه ، أو بسبب خطئه الجسيم(١) . ولكن مع ذلك يصح اشتراط الاعفاء من المسئولية العقدية ، ولو كان عدم التنفيذ ناشئا عن العمد أو الخطأ الجسيم ، اذا كان ذلك العمد أو الخطأ الجسيم من غير المتعاقد نفسه ، أى ان كان من الاشخاص الذين يستخدمهم فى تنفيذ العقد(٢) .

وتبين الفقرة الثالثة من نفس المـادة ، أن الاحـكام السـابقة لا تنطبق على غير المسئولية التى تنشأ من الاخلال بالتزام عقدى ، أى لا تنطبق على الاعفاء منها .

---

(١) والواقع ان اعفاء المتعاقد من المسئولية عن عدم التنفيذ ولو كان ذلك بفعله العمدى ، يؤدى الى رفع كل التزام بالعقد ، لانه يعنى حرية المتعاقد فى التحلل من التزامه بالعقد ، ان أراد ذلك ، اى يجعل التزامه متوقفا على محض رغبتـه (شرط ارادى محض) ـ وانظـر الوسـيط للسنهورى ، فقرة ٤٢٩ .

(٢) بغير تحريض من المتعاقد ، والا كان هذا التحريض « عمـدا » من جانب المتعاقد .

الفــرع الثانى

الجزاءات الخاصة بالعقود الملزمة للجانبين

٨٧ ــ الدفع بعدم التنفيذ :

الدفع بعدم التنفيذ وسيلة لحمل المتعاقد على الوفاء بالتزامــه الذى نشأ فى عقد ملزم للجانبين ، دون التجــاء الى حــل الرابطــة العقدية ، أى دون التجاء الى طلب الفسخ ، فالدفع بعدم التنفيذ هو رد يبديه أحد المتعاقدين ، على مطالبة المتعاقد الآخر تنفيذ التزاماته ، اذا كان المطالب بالتنفيذ نفسه مقصرا أو ممتنعا عن تنفيذ التزامه ، فاذا طالب البائع المشترى بوفاء الثمن وكان البائع لم يقم بتسليم المبيع الى المشترى ، كان للمشترى أن يدفع مطالبة البائع بالثمن ، أى كان له أن يرد هذه المطالبة ، بأنه لن يقوم بتنفيذ التزامه لأن البائع لم ينفذ من جانبه التزامه المقابل لالتزام المشــترى ، ولــذا يقال أن المشترى يدفع مطالبة البائع ، بعدم تنفيذ هــذا البائع لالتزامــه ، ويسمى هذا الرد منه « الدفع بعدم التنفيذ »[1] .

وتنص على حق المتعاقد الذى يطلب اليه تنفيذ التزاماته ، فى هذا الدفع ، المــادة ١٦١ مدنى ، فهى تقضى بأنه « فى العقود الملزمة للجانبين اذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه اذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به » .

ومن هذا النص يتبين أنه لامكان التمسك بهذا الدفع ، من أحد المتعاقدين ، يجب أن يكون هناك التزامان متقابلان ناشئان عن عقــد

---

(١) exceptio non adimpleti contractus. ، والتســمية اللاتينية للدفع وضعها له شراح القانون الرومانى منذ العصور الوسطى ، مارتى ورينو ، فقرة ٢٩٣ .

ملزم للجانبين ، وأ نيكون هذان الالتزامان مستحقى التنفيذ ، أى حـالين .

وتقابل الالتزامين كشرط للدفع بعدم تنفيذ أحدهما اذا طولب بتنفيذ الآخر ، أمر يقتضيه أن الدفع بعدم التنفيذ وسيلة لا تستخدم الا فى العقود الملزمة للجانبين ، حيث يقوم التقابل بين التزامات كل من طرفيها(١) .

وحلول الالتزام المطالب بتنفيذه أمر متضمن بالضرورة فى امكان المطالبة به ، ولكن يلزم بعد ذلك أن يكون التزام من يطالب بالتنفيذ ، هو الآخر ، مستحق الاداء ، ليجوز لمن توجه اليه المطالبة أن يدفعها بعدم التنفيذ . فاذا كان التزام البائع بتسليم المبيع ، فى المثل الذى ضربناه ، مؤجـلا بالاتفـاق(٢) ، رغم حلول الالتزام بأداء الثمن ، لا يستطيع المشترى أن يدفع مطالبة البائع بالثمن بعدم تنفيذ التزام

---

(١) واذا تم التقابل بين التزامين ، ولكن لم يكونا ناشئين فى عقـد واحد ملزم للجانبين ، يجوز لمن يلتزم بتسليم شىء أن يمتنع عن الوفاء بدينه كوسيلة لحمل الدائن على الوفاء بالتزامه المقابل ، ولكن هذا لا يكون دفعا بعدم التنفيذ بل ممارسـة لحق فى الحبس وفقا لحكم المـادة ٢٤٦ مدنى أى اذا توافرت شروط الحبس ، فالدفع بعدم التنفيذ مقصور على حال التقابل بين التزامين ناشـئين عن عقد ملزم للجانبين ، ولذا فامتنـاع الحائز لملك الغير ، عن تسليم الشىء الذى يحوزه الى مالكه ، بقصـد حمـل المـالك على رد ما يلتزم به مما انفقـه الحائز على الشىء من مصروفات ، هو حبس ، وليس دفعا بعدم التنفيذ ، وانظر السنهورى، الوسيط ، فقرة ٤٩٤ .

(٢) فى بعض العقـود تقضى طبيعة المعاملة بقيـام أحـد المتعاقدين بتنفيذ التزامه أولا ، كعقد العمـل حيث يجب على العـامل أن يقوم بعمله أولا ليستحق الأجر المتفق عليـه ، فى نهاية الفترة الزمنيـة التى يقدر الأجر على أساسها (اليوم ، الأسبوع ، الشهر) ، فاذا ما استحق الأجر عن احدى الفترات ، كان للعامل أن يدفع مطالبته بالقيام بالعمـل بعـد ذلك ، بعدم تنفيذ الالتزام بالأجر المستحق من جانب صـاحب العمـل .

البائع بتسليم المبيع ، بل يجب عليه أن يفى بالثمن عند طلبه من البائع ، وعند حلول أجل التسليم يطالب به البائع •

ومن ناحية أخرى لا يجوز للمتعاقد أن يتعسف فى استعمال حقه فى الدفع بعدم التنفيذ ، فلا يحق له أن يرد مطالبة المتعاقد الآخر له ، بهذا الدفع ، اذا كان المتعاقد الآخر قد نفذ الجزء الاكبر أو الاهم من التزامه ، ولم يبق عليه الا جزء يسير أو جزء قليل الاهمية، وان أمكن أن يمتنع عن الوفاء بجزء مقابل من التزامه ، ان كان قابلا للتجزئة ، كوسيلة لحمل الآخر على اكمال الوفاء بالالتزام الذى يقع على عاتقه •

كما يجب أن يكون الالتزام الذى يدفع بعدم تنفيذه ، التزاما حقيقيا ، وجديا ، فلا يحق للمشترى أن يدفع مطالبته بوفاء الثمن بما يتوهمه أو ما يدعيه من خطر استحقاق المبيع ، ولا يجوز للمستأجر أن يمتنع عن أداء الاجرة ، لالزام المؤجر باجراء ترميمات فى العين المؤجرة ، لا يلتزم بها هذا المؤجر وفقا لعقد الايجار •

ولكن اذا تمسك كل من المتعاقدين بالدفع بعدم التنفيذ ، وامتنع كل منهما عن أن يكون البادىء بوفاء التزامه ، نتيجة لشكه فى نوايا الآخر ، فان التنفيذ يمكن أن ينظم عندئذ على أساس ايداع الشىء الذى يجب الوفاء به بالمحكمة أو تحت يد شخص محايد يكون محلا لثقة كل من العاقدين ، ويكون واسطة فى ايصال ما يستحقه كل منهما ، اليه ، وفقا لما يتم الاتفاق عليه بينهما أو لما يأمر به القاضى اذا وصل النزاع بينهما الى القضاء • ولكن مثل هذه الصورة قليل الحدوث فى الحياة العملية •

والدفع بعدم التنفيذ يعنى وقف تنفيذ الالتزام المطالب بتنفيذه ، طوال الفترة التى لا يتم فيها الوفاء بالالتزام المدفوع بعدم تنفيذه ، فالالتزام يظل قائما ، وكذا العقد ، ولكن التنفيذ موقوف حتى يتم

التوصل الى البدء فيه من أحد الطرفين ، أو منهما معا فى نفس الوقت . والمتعاقد الذى يمتنع عن التنفيذ استنادا للدفع ، لا يعد مقصرا فى عدم الوفاء ، ولذا لا تترتب عليه أية مسئولية عن عدم التنفيذ أو عن التأخر فيه ، فهو بتمسكه بالدفع ، يمارس حقا له ، ومن يمارس حقه بلا تعسف لا يكون مخطئا .

على أنه يلاحظ أن وقف تنفيذ العقد ، فى العقود الزمنية (أو عقود المدة) كعقد الايجار ، قد يؤدى الى تأثر حقوق كل من طرفيه ، فلو كان هناك عقد عمل أبرم لمدة ٦ شهور ، ولم يؤد صاحب العمل الى العامل أجره عن الشهر الاول بعد انقضائه ، فامتنع العامل عن أداء العمل حتى يؤدى اليه أجره ، وبعد شهرين أدى له هذا الاجر فعاد الى العمل ، لا يبقى من العقد بعد ذلك سوى ثلاثة شهور أخرى لتكمل مدة الشهور الستة التى اتفق عليها منذ البداية ، مما يكشف عن أن وقف التنفيذ قد أدى الى نقص كم الاداءات المترتبة على العقد(١) .

٨٨ ــ فسخ العقد بحكم القضاء :

اذا اقتصر المتعاقد فى مواجهة عدم قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه ، على الموقف السلبى الذى يتمثل فى الدفع بعدم التنفيذ ، كوسيلة للامتناع من جانبه عن تنفيذ التزامه ، فانه سيظل رغم ذلك مرتبطا بالعقد ، غير قادر بالتالى على ابرام عقد مماثل للعقد الاول ، مع شخص آخر ، مما قد يسبب له أضرارا(٢) ، ولذا فان القانون

---

(١) وقد يؤدى وقف التنفيذ الى عدم جدواه ، فيما لو كان التنفيذ لازما فى وقت معين ، والا لم تكن له فائدة ، كما لو تعهد مقاول باقامة جناح فى معرض يقام فى فترة زمنية معينة ، ولم يقم المتعاقد معه بوفاء ما اتفق على استحقاق المقاول له من مقدم « المقاولة » ، فامتنع المقاول عن العمل حتى فات وقت المعرض ، وكان الوقف المترتب على « الدفع بعدم التنفيذ » مؤديا الى فسخ العقد .

(٢) كما أن المتعاقد قد يكون نفذ التزامه ، فلا يكون هناك مجال لاعمال الدفع بعدم التنفيذ من جانبه .

يهيىء للمتعاقد الحق فى اتخاذ موقف يجابى حيال تقصير المتعاقد الآخر فى تنفيذ التزامه ، هو أن يطلب حل الرابطة العقدية ، لتعود اليه حريته فى التعاقد مع شخص آخر يكون مستعدا لتنفيذ التزاماته أو قادرا على ذلك ، مع تحميل المتعاقد الاول المقصر بكل ما يترتب على ذلك من خسائر أو اضرار ، وفقا لقواعد المسئولية العقدية •

وحل الرابطة العقدية بناء على طلب أحد المتعاقدين ، يتم برفع طلب الى القضاء بفسخ العقد(١) ، على أساس أن الفسخ عندئذ جزاء يترتب على اخلال المتعاقد ، فى عقد ملزم للجانبين ، بالتزاماته المترتبة على هذا العقد ، فالفسخ بحكم القضاء ، هو حل ارتباط العقد الملزم للجانبين بحكم يصدر من القضاء بناء على طلب أحد المتعاقدين ، بسبب تقصير المتعاقد الآخر فى تنفيذ التزاماته(٢) •

وقد تناول القانون المدنى ، فسخ العقد بحكم القضاء ، فى المادة ١٥٧ ، التى تنص على أنه :

١ — فى العقود الملزمة لجانبين ، اذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض فى الحالتين ان كان له مقتض •

---

(١) والقانون يجعل احيانا لاحد طرفى العقد أن ينهى العقد بارادته وحده ، أى دون حاجة الى اتفاق مع الطرف الآخر ، ودون حاجة الى الالتجاء الى القضاء بطلب الفسخ . ويسمى انهاء العقد بارادة أحد الطرفين فى هذه العقود انهاء او الغاء انفراديا resiliation unilatérale . ومن العقود التى يثبت فيها هذا الحق لأحد طرفيه ، عقد العمل غير محدد المدة ، لكل من العامل وصاحب العمل (المادة ٦٩٤ مدنى) وعقد الوكالة ، لكل من الموكل والوكيل (المادتان ٧١٥ و ٧١٦ مدنى) وعقد القرض ، بالنسبة المقترض (المادة ٥٤٤ مدنى) .

(٢) وقد يطلب المتعاقد الفسخ ، دون اتخاذ اجراءات التنفيذ الجبرى ضد المتعاقد الآخر ، لما يقدره من صعوبة الحصول على هذا التنفيذ وطول الوقت اللازم لذلك . ولكننا سنرى أن القاضى لا يكون ملزما عندئذ بالحكم بالفسخ اذا قدر امكان التنفيذ العينى وبقاء فائدته .

٢ — ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلا اذا اقتضت الظروف ذلك كما يجوز له أن يرفض الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليل الاهمية بالنسبة للالتزام فى جملته •

وتبين المادة ١٦٠ مدنى أثر الفسخ (سواء أكان فسخا بحكم القضاء أو بمقتضى الاتفاق) بقولها انه « اذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان الى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فاذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض » •

وكلامنا عن الفسخ القضائى ، فيما يلى ، يتضمن بيان شروط طلب الفسخ وسلطة القاضى حياله ، وأثر الحكم به ، فاذا ما فرغنا من هذه المسائل نستطيع أن نضيف كلمة عن أساس الفسخ ومناطه •

شروط طلب الفسخ :

يلزم لامكان طلب فسخ العقد من القضاء ، توافر عدة شروط هى :

أولا : أن يكون العقد المطلوب فسخه ملزما للجانبين ، ففى هذه العقود وحدها تبدو أهمية الفسخ كوسيلة لحل ارتباط العقد بقصد حرمان الطرف الذى لم ينفذ التزاماته ، من فائدة العقد ، ولو كان العقد ملزما لجانب واحد هو المدين الذى لم ينفذ التزامه ، لما تحققت من الفسخ أية مصلحة للطرف الآخر فى هذا العقد • فالعقد الملزم للجانبين هو الذى يوجد فيه الارتباط بين الالتزامات المتقابلة الناشئة عنه ، وبذا تظهر فيه حكمة الفسخ(١) • ونص

---

(١) السنهورى ، الوسيط ، فقرة ٤٦٧ •
وكل العقود الملزمة للجانبين تقبل الفسخ ، انظر فيما دار حول فسخ عقد المرتب مدى الحياة ، وفسخ عقد القسمة ، المرجع السابق ، فقرة ٤٩٨ •

المادة ١٥٧ مدنى ، يبدأ فى الكلام عن الفسخ باشتراط أن يكون العقد ملزما للجانبين •

ثانيا : أن يخل أحد طرفى العقد بالتزامه ، فطلب الفسخ يقصد به مجازاة المتعاقد الذى لا ينفذ التزامه ، ولذا يجب أن يكون مقصرا فى عدم تنفيذ هذا الالتزام ، سواء أكان ذلك بامتناعه عن التنفيذ رغم قدرته عليه ، كالمقاول الذى يمتنع عن اقامة المنشآت التى تعهد باقامتها ، أم كان ذلك بسبب ما قام به من أفعال جعلت التنفيذ مستحيلا ، كالمؤجر الذى يهدم البناء المؤجر بعد تأجيره ، أو بائع المنقول الذى يتصرف فيه ماديا ، باهلاكه أو تغيير طبيعته ، أوقانونيا بالتصرف فيه الى من يملكه وفقا لقاعدة الحيازة فى المنقول ، قبل أن يسلمه الى المشترى •

وليس من اللازم أن يكون عدم التنفيذ كليا ، فحق طلب الفسخ يثبت للمتعاقد ولو كان المتعاقد الآخر قد نفذ بعض التزاماته دون البعض الآخر ، وكذا يثبت حق طلب الفسخ اذا كان التنفيذ قد تم معيبا ، أى على غير الصورة المشترطة والمحققة لقصد الدائن ، ولكن اجابة طلب الفسخ فى هذا الحال تتوقف على تقدير القاضى لاهمية الجزء الذى تم تنفيذه بالنسبة للالتزام بأكمله ، أو مدى تأثير عيوب التنفيذ على الغاية من الالتزام ، كما نرى فى الكلام عن سلطة القاضى بالنسبة لطلب الفسخ •

وعدم التنفيذ الذى يبيح طلب الحكم بفسخ العقد من القضاء ، هو ، كما قلنا ، ذلك الذى ينطوى على تقصير من المتعاقد الذى ينسب اليه ، فاذا كان امتناع هذا المتعاقد عن التنفيذ استعمالا لحقه فى الدفع بعدم التنفيذ ، مثلا ، لا يستطيع الآخر أن يطلب الفسخ بسبب هذا الامتناع ، واذا كان عدم التنفيذ ناشئا عن استحالته بقوة قاهرة أو بأى سبب لا يد للمدين فيه ، فانه لا يكون مقصرا ، ولا يطلب الفسخ ضده ، كجزاء يوقع عليه ، وان كان التزامه يسقط

فى هذه الحال ، فينفسخ العقد بحكم القانون كما سنرى فى الكلام عن الانفساخ .

ثالثا : أن يكون طالب الفسخ غير مقصر ، بأن يكون قد نفذ التزامه الناشىء عن العقد أو على الاقل أن يكون مستعدا لهذا التنفيذ، أما ان كان مقصرا فى تنفيذ التزاماته ، فليس من حقه أن يطلب مجازاة المتعاقد الآخر على تقصير مماثل لتقصيره(١) .

رابعا : اعذار المدين ، وتجعله المادة ١/١٥٧ مدنى شرطا لطلب الفسخ ، فهى تقول أنه يجوز للمتعاقد ، بعد اعذار المدين أن يطالب بفسخ العقد ولكن ليس معنى هذا ان طلب الفسخ اذا لم يسبق بالاعذار يكون واجب الرفض ، وانما الاعذار هو لاثبات تقصير المدين فى عدم التنفيذ ، فان رفعت دعوى الفسخ دون اعذار ، اعتبر رفع

---

(١) ويلاحظ الفقه ان اجابة طلب الفسخ من جانب القضاء تقتضى فى كثير من الأحوال ،،اعادة المتعاقدين الى حالهما قبل التعاقد ، ولذا يستلزم ان يكون طالب الفسخ قادرا على تحقيق اثره من هذه الناحية ، اى ان يكون قادرا على رد ما تسلمه تنفيذا للعقد الذى يطالب بفسخه الى الطرف الآخر ، والا حرم من حق طلب الفسخ ، فاذا كان المبيع عدة منقولات تسلم المشترى واحدا منها ، ولم يقم البائع بتسليم باقيها ، ولكن المشترى كان قد باع المنقول الذى تسلمه الى شخص آخر ، قد لا يعلم مقره او مصير المنقول لديه . وحتى ان كان يعلم فهو ، كبائع ملتزم له بالضمان اى بعدم التعرض له فى ملكيته ، ويكون عليه الامتناع عن اى عمل يؤدى الى استرداد المبيع لتعارض ذلك مع التزامه بنقل الملكية . هذا المشترى ، يذهب الفقه الى حرمانه من حق طلب الفسخ ضد البائع الاول الذى لم ينفذ باقى التزامه بتسليم المنقولات الأخرى ، لانه لا يستطيع ان يعيد الحال ، بينه وبين البائع ، الى ما كانت عليه قبل التعاقد ، لتعذر رد المنقول الذى تسلمه . انظر مثلا السنهورى ، الوسيط ، فقرة ٤٧٢ واسماعيل غانم ، فقرة ١٦٤ ، وفى هذه الحال يقتصر حق المتعاقد الدائن بالالتزام الذى لم ينفذ ، على طلب التنفيذ العينى او بمقابل ، مع التعويض عن كل الأضرار ، وفقا لقواعد المسئولية العقدية .

الدعوى بمثابة الاعذار ، وكان للمدين ان يفى بالتزامه ، ميرفض طلب الفسخ(١) ، ولا يحكم عليه بتعويض عن التأخر فى التنفيذ قبل رفع الدعوى مادام قد بادر الى التنفيذ بمجرد رفعها ، كما أنه لا يتحمل بأية نفقات تكبدها طالب الفسخ فى رفع دعواه (مصروفات الدعوى) ، مادام هذا لم يضع المدين موضع التقصير باعذاره قبل رفع الدعوى • واعذار المدين قبل طلب الفسخ يكشف بوضوح عن تقصير هذا المدين فى عدم التنفيذ ، فيجعل القاضى أكثر ميلا للحكم بالفسخ ، والقضاء له بتعويض عما أصابه من ضرر من هذا التقصير• ويلاحظ أن الاعذار لا يكون واجبا قبل طلب الفسخ ، فى الاحوال التى يجيز القانون فيها اعتبار المدين مقصرا دون حاجة الى اعذاره ، وفقا للمادة ٢٢٠ مدنى •

سلطة القاضى بالنسبة لطلب الفسخ :

لا يلتزم القاضى اجابة طلب الفسخ ، والحكم بفسخ العقد ، ولو توافرت كل الشروط التى تلزم لجواز هذا الطلب ، أى ولو كان عدم التنفيذ الذى يشكو منه طالب الفسخ تقصيرا من المتعاقد المدين ، ولو كان قد تم اعذاره قبل رفع دعوى الفسخ • والقاضى يراعى فى ذلك الظروف المختلفة ، مقدرا ما قد يكون للمدين من عذر فى عدم التنفيذ ، فيرفض الفسخ ، أو يلمس ما يبدو منه من تعنت ورغبة فى الحاق الضرر بالدائن ، فيقضى به • فللقاضى ، بدلا من الحكم بالفسخ ، أن يتجه الى الزام المدين بالتنفيذ ، مانحا اياه أجلا للقيام به ، اذا قدر لزوم هذا الاجل ، وبقاء التنفيذ مفيدا للدائن رغم اتمامه بعد هذا الاجل(٢) ، كما يكون للقاضى تقدير مناسبة الحكم

---

(١) وطلب الفسخ يرفض على اية حال ان تم التنفيذ بعد رفع الدعوى ، مادام محققا لقصد الدائن ، ولو كانت الدعوى قد سبقت باعذار المدين .

(٢) ولكن ان انقضى الأجل الذى منحه القاضى للمدين دون أن يقوم بالتنفيذ ، فان العقد يعد مفسوخا ولو لم ينص فى الحكم على ذلك ، السنهورى ، الوسيط ، فقرة ٤٧٤ والاحكام المشار اليها فيه .

بالفسخ ، أو عدم الحكم به اذا حدث التقصير فى تنفيــذ جزء من الالتزام ، واذا كان الجزء الذى لم ينفذ قليل الاهمية بالنسبة للالتزام فى جملته ، فيقتصر عندئذ على تعويض الدائن عن عدم التنفيذ بالنسبة لهذا الجزء • وكل هذه الاحكام منصوصة بصراحة ووضوح فى المــادة ١/١٥٧ مدنى •

وهذه السلطة التى للقاضى بالنسبة لطلب الفسخ ، تنعكس على حقوق كل من طالب الفسخ ، ومن يطلب ضده ، حيال هذا الطلب ، فالدائن طالب الفسخ يستطيع أن يعدل عن طلبه بعد رفع الدعوى به ليطالب بالتنفيذ جبرا ، عينا أو بمقابل[١] • كما ان المدين يستطيع ان يرد على طلب الفسخ بعرض التنفيذ ، أو أن يقوم بالتنفيذ فعــلا قبل صدور الحكم النهائى بالفسخ ، فاذا كان التنفيذ رغم تأخـره محققا لغرض الدائن لم يعد هناك مجال للحكم بالفسخ ، وان كــان للدائن أن يحصل على تعويض الاضرار التى ترتبت على هــذا التأخير فى التنفيذ (بالاضافة الى نفقات الدعوى ان كان قد أعذر المــدين قبل رفعها) •

ملاحظات على سلطة القاضى بالنسبة للفسخ •

سلطة القاضى فى تقدير مناسبة اجابة طلب الفسخ أو رفضه ، سلطة مسلمة تقررها النصوص صراحة ويسلم بها كل الفقه ، بل هى أمر مرغوب فيه ، فليس من المصلحة أن يكون القاضى ملتزما بفسخ العقد لمجرد طلبه من أحد طرفيه ، اذا تبين للقاضى ان ابقاء العقــد والزام المتعاقد المقصر بالتنفيذ ، أمر ممكن ، ولذا فان الشروط التى نصت عليها المــادة ١٥٧ مدنى ليست شروط وقوع الفسخ ، وانمــا

---

(١) واذا كانت الدعوى مرفوعة اصلا بطلب التنفيذ فمن حقه ان يعدل طلباته فيها الى الفسخ ، وعلى اى حــال فالقاضى ليس ملزمــا بالحكم بالفسخ كما سبق القول ، بل يستطيع ان يقضى بالزام المدين بالتنفيــذ رغم تعديل الطلبات •

هى شروط طلب الفسخ الى القضاء . ولو كانت شروط الفسخ نفسه لا لتزم القاضى الحكم به لمجرد توافرها فى الطلب المرفوع اليه •

الا أن اعتبار الفسخ الذى يحكم به القاضى جزاء ، يقتضى ان يكون له مناط يربط به تطبيق هذا الجزاء دون أن يكون ذلك متروكا لاختيار القاضى بغير ضوابط قانونية محددة ، ذلك أن عدم وجود هذه الضوابط القانونية المحددة التى توجه قرار القاضى الى الفسخ أو الى ابقاء العقد ، يجعل من الفسخ جزاء قضائيا ، يحدد القضاء لا القانون ، حالاته ومناط الحكم به ويجعل للقضاء وظيفة شبه تشريعية ، وهو ما يتعارض مع تحديد عمل القضاء فى القوانين الحديثة بأنه تطبيق القانون لا سنه (١) •

ونحن نعتقد أن من الممكن تحديد مناط محدد للفسخ ، نلتمسه فى الظروف التى تجبر القاضى على الاتجاه الى الحكم بالفسخ ، و لاتدع له مجالا للاختيار بينه وبين الامر بالتنفيذ ، هذا المناط الذى يجبر القاضى على الحكم بالفسخ دون تصور اتجاهه الى الامر بالتنفيذ ، هو تبين استحالة تنفيذ التزام المتعاقد المقصر تنفيذا محققا لغرض الدائن (طالب الفسخ) ، فلا يتصور فى هذه الحال أن يعرض أمر ابقاء العقد وتنفيذه كبديل لفسخه • وعلى هذا يتبين أن مناط الفسخ كجزاء هو تعذر التنفيذ أو استحالته ، وما يقال به من سلطة للقاضى فى تقدير ملاءمة الحكم بالفسخأو الامر بالتنفيذ، انما هى سلطته فى تقدير قيام استحالة التنفيذ أو عدم قيامها ، فان تبينت له الاستحالة ، التزم الحكم بالفسخ (٢) •

---

(١) أنظر فى أساس الفسخ والبطلان ، مؤلفنا عن البطلان ، فقرة ٥٩ وما بعدها .

(٢) وان عرض المدين المطلوب الفسخ ضده الوفاء المحقق لغرض الدائن حالا ، التزم القاضى الحكم بالتنفيذ ولو كانت الدعوى المرفوعة امامه هى طلب فسخ رفعه الدائن .

والفقه لا يحدد مناط الفسخ بالطريقة التى نحدده بها ، وأنما ينصب كلام الشراح دائما على طلب الفسخ وسلطة القاضى فى التقدير بالنسبة لهذا الطلب ، وهم اذ يذكرون استحالة التنفيذ يجعلونها أساسا لانفساخ العقد بحكم القانون ، دون مسئولية على المتعاقد الذى استحال تنفيذ التزامه ، اذا كانت هذه الاستحالة نتيجة سبب أجنبى ، وان بدا فى أقوال بعض الفقهاء ما يؤخذ منه أن مناط الفسخ الذى يحكم به القاضى هو استحالة التنفيذ أيضا (١) ، ولكن بعض الفقه يذهب الى القول صراحة بأن الاستحالة هى مناط الفسخ ، فالاستاذ بهجت بدوى يرى أن « الفسخ للامتناع عن التنفيذ هو فسخ للاستحالة أيضا ، فالقاضى يقضى به على أثر تقدير أن تنفيذ الالتزام تنفيذا يحقق غرض الدائن قد أصبح على الوجه الدقيق مستحيلا ، والاستحالة قد تستخلص من مجرد عدم تنفيذ الالتزام فى ميعاده ، وهكذا يتبين ألا فرق فى الطبيعة بين الفسخ لاستحالة التنفيذ والفسخ لعدم التنفيذ ، كلاهما فسخ لاستحالة التنفيذ ، ومتى تبين القاضى هذه الاستحالة ، تعين عليه الحكم بالفسخ (٢) .

والقضاء الفرنسى لا يحرص على التفرقة بين امتناع خاطىء عن التنفيذ ، وبين استحالته ، بل يرى فى الحالين سببا للفسخ ، ويؤيد هذا القضاء فى عدم التمييز بينهما كثير من الفقهاء الفرنسيين ، ولكن الفقه والقضاء فى مصر غير واضحين(٣) . والواقع أن التفرقة لا محل لها ، خصوصا وان استحالة التنفيذ بسبب أجنبى تؤدى ، بلا خلاف ، الى فسخ العقد ، كعدم التنفيذ بخطأ المدين . أما ما يذكر

---

(١) انظر المراجع المشار اليها فى مؤلفنا السابق ، هامش ٣ ص ١٧٤ .

(٢) نظرية العقد ، فقرة ٣٥٠ ، وانظر ايضا فقرة ٣٣٤ وفقرة ٣٤٦ وقد جعل حكم النقض المدنى بتاريخ ١٩٧١/٦/٣ فى الطعن رقم ٢٧ السنة ٣٧ ق ، استحالة التنفيذ ، مناط الفسخ .

(٣) انظر مؤلفنا عن البطلان ، فقرة ٦١ ص ١٧٥ .

من فرق بينهما فى سلطة القاضى فى الحكم بالفسخ ، فقد تبين لنا أنه فرق غير صحيح ، لان القاضى يلتزم بالحكم بالفسخ الذى يطلبه الدائن ، كما قلنا ، اذا تبينت استحالة التنفيذ ، تنفيذا محققا لغرض الدائن ، وما يقال به سلطة تقديرية له بالنسبة لطلب الفسخ ، انما هى سلطة فى تقدير قيام الاستحالة ، ومن ناحية أخرى فحدوث الاستحالة بسبب أجنبى لا يستبعد سلطة القاضى فى تقدير وجودها أو عدم وجودها ، مما يكشف أنه لا فرق بين سلطة القاضى فى الحالين. والفرق الآخر الذى يبرزه الفقه بين الحالين ، وهو امكان الحكم بتعويض فى حال الفسخ بسبب تعذر التنفيذ بتقصير المدين ، خلافا لحال الانفساخ للاستحالة الناتجة عن سبب أجنبى ، لا يرجع الى خلاف فى طبيعة الفسخ الذى يترتب فى كل منهما أو فى طبيعة السبب الذى يترتب عليه الفسخ ، بل يقوم على توافر شروط المسئولية العقدية فى الحالة الاولى دون الثانية .

ويتبين لنا مما سبق أن للفسخ مناطا يرتبط به ، ويلتزم القاضى أن يجيب طلب الفسخ اذا تحقق وجوده ، هو استحالة التنفيذ ، وهذه الاستحالة هى الضابط القانونى المحدد الذى تقف عنده سلطة القاضى فى التقدير ، وتوجب عليه الحكم بالفسخ .

أثر الحكم بالفسخ :

الفسخ انهاء لعقد أبرم بارادات صحيحة ، وظل قائما فى نظر القانون حتى تقرر فسخه ، فيزول وجوده من وقت هذا الفسخ . ومن مقتضى ذلك أن زوال العقد بالفسخ لا يكون الا بالنسبة لما يترتب عليه من آثار منذ الفسخ ، دون أن يمس الآثار التى أنتجها قبل فسخه ، مادام من المسلم أنه كان قائما فى نظر القانون قبل الفسخ . ولكن هذا التقسيم لآثار العقد قبل وبعد فسخه ، يستلزم امكان توزيع هذه الآثار على الزمن . ولما كان هذا غير ممكن الا فى العقود الزمنية (عقود المدة) كعقد الايجار أو عقد العمل ، فان أثر فسخ

هذه العقود لا يترتب الا بالنسبة للمستقبل ، فتنتهى التزامات طرفيها منذ الفسخ ، ولا تتأثر بهذا الفسخ ، آثار العقد فى الفترة السابقة على فسخه •

ولكن كثيرا من العقود التبادلية لا تتوزع آثارها على الزمن كما هى الحال فى عقود المدة ، ولذا لا يمكن أن يلعب الزمن دورا فى وجود آثارها ، ويصبح فسخها بغير مضمون ، اذا أعملنا التفرقة بين ما قبل الفسخ وما بعدها من آثار ، واستبقينا ما نتج منها قبل الفسخ ، اذ يقتضى ذلك عدم الزام من تلقى الوفاء قبل الفسخ ، برد ما تلقاه الى المتعاقد الآخر ، ولذا فقد وجد من اللازم ، لتحقيق هدف الفسخ فى هذه العقود ، أن يعاد طرفا العقد المفسوخ الى حالهما قبل ابرام العقد ، والزام كل منهما بأن يرد ما أخذ من الآخـــر ، فيصبح أثر الفسخ ، بذلك ، كأثر حل الرابطة العقدية نتيجة لبطلان كل أو أحـــد التصرفات القانونية المكونة لهـــا • ولعل كثرة هذه الصورة فى الحياة العملية ، على اعتبار أن أغلب صور التعامل تتم بعقود فورية ، هى التى جعلت الشراح ينظرون الى رجعية أثر الفسخ على أنها القاعدة الاصلية فى تنظيم أثر الحكم به ، وأخذوا يقيمون الشبه بينه وبين أثر البطلان (وخصوصا البطلان المسمى نسبيا) ، مع أن ازالة أثر العقد نتيجة للفسخ ، يجب أن تكون ، وفقا لمعنى الفسخ نفسه ، من يوم الفسخ لا قبل ذلك ، الا ان كان تطبيق هذه القاعدة مستحيلا ، كما هى الحال فى العقود الفورية التى لا تنقسم الالتزامات التى تنشأ عنها فى الزمن ، فيترتب أثر الفسخ فيها بالنسبة لكل ما نشأ عن العقد من التزامات ، أى تزول الالتزامات بأثر رجعى[1] •

---

(١) انظر فى المقارنة بين الفسخ والبطلان ، مؤلفنا الســـابق ، فقرة ٥٩ وما بعدها ، وبالنسبة لاثر الفسخ ، الفقرة ٦٣ •
والفقه يذهب الى ان للفســخ اثرا رجعيا ، الا فى العقـــود الزمنية =

والالتزام الذى ينشأ عن عاتق كل متعاقد برد ما حصل عليه من المتعاقد الآخر ، بحكم الفسخ ، ينصب أساسا على ذات ما تسلمه المتعاقد ، فان تعذر عليه أن يرد الشىء نفسه ، كما لو كان قد هلك مثلا ، كان عليه أن يرد ما يساويه فى قيمته ، أىكا نعليه ، كما تنص المادة ١٦٠ مدنى ، أن يعوض الطرف الآخر . فاذا كان العقد المفسوخ عقد بيع ، كان على المشترى أن يرد المبيع وما أنتجه من الثمار لديه ، وكان على البائع أن يرد الثمن وملحقاته . وعلى أى حال فقواعد الرد المترتب على الفسخ ، كقواعد الرد المترتب على البطلان ، تحكمها قواعد نظرية رد غير المستحق التى نعرض لها فيما بعد .

ويجوز أن يقضى لطالب الفسخ ، مع فسخ العقد ، بتعويض يتحمل به المدين المقصر ، عن الاضرار التى ترتبت للطرف الآخر على تقصيره فى الوفاء بالتزاماته وما أدى اليه ذلك من فسخ العقد ، فاذا كان البائع قد طلب فسخ العقد لعدم وفاء المشترى بالثمن ، وقضى له بالفسخ ، يجوز له أن يطلب من المشترى تعويضا عما يخسره من الثمن عند اعادة البيع ، بسبب انخفاض الاسعار ، أو بسبب مجرد مرور الزمن (فى أثمان السيارات مثلا)(١) .

=

(عقود المدة) حيث يترتب اثره من تاريخ الفسخ بغير اثر رجعى ونذا يسمى الفسخ فى هذه العقود انهاء للعقد

(١) والفقه يذهب الى ان الالتزام بالتعويض فى هذه الحال قائم على المسئولية التقصيرية لا المسئولية العقدية ، لأن العقد المفسوخ لا يصلح اساسا للمسئولية العقدية ، مثلا السنهورى ، الوسيط ، فقرة ٤٧٨ واسماعيل غانم ، فقرة ١٦٩ ، ولكننا نعتقد ان التعويض يمكن ان يبنى على المسئولية العقدية التى تنشأ بمجرد التقصير فى الوفاء بالالتزام ، اذ يترتب على هذا التقصير نشوء الحق فى التعويض على اساس المسئولية العقدية ، والحق فى طلب الفسخ للتحلل من الارتباط بالعقد ، وليس من اللازم ان يبقى العقد قائما حتى الحكم بالتعويض لتكون المسئولية عقدية .

وأثر الفسخ يمتد الى الغير ، فـ كان مشترى عين قد تصرف فيها الى شخص آخر ، أو رتب عليها حقا من الحقوق ، ثم حكم بفسخ الشراء بطلب البائع ، فان هذا يقتضى زوال حق من انتقلت اليه الملكية من المشترى أو من رتب المشترى لمصلحته حقا من الحقوق ، لان زوال حق الناقل يؤدى الى زوال حق المكتسب ، فيسترد البائع العين غير محملة بأى حق للغير • ولكن يلاحظ أن الغير حسن النية يكفل القانون حماية خاصة لحقوقه على العين التى يقتضى الحكم بالفسخ ، ردها ، فاذا كان الشىء واجب الرد منقولا وكان الغير قد حازه بناء على عقد بيع مثلا (سبب صحيح) ، دون أن يعلم ما يتهدد ملكية البائع له بسبب الفسخ (بحسن نية) ، فانه يصبح مالكا له ، ملكية لا تتأثر بحق البائع الاول فى استرداده بعد الحكم بالفسخ ، تطبيقا لحكم المادة ٩٧٦ مدنى الذى يجعل الحيازة فى المنقول (بحسن نية وبسبب صحيح) سندا لحماية حق الحائز حتى فى مواجهة المالك الحقيقى • أما ان كان الشىء الذى يرد عليه البيع الذى حكم بفسخه عقارا ، وكان مشتريه قد باعه الى شخص آخر حسن النية ، سجل عقده قبل التأشير بدعوى الفسخ التى رفعها البائع الاول ، على هامش تسجيل البيع الاول ، أو قبل تسجيل هذه الدعوى أو الحكم الصادر فيها بالفسخ ، فان صدور الحكم بالفسخ بعد ذلك لا يؤثر على حقوق هذا المشترى الثانى ، فيظل العقار ملكا له ، ولا يسرى عليه حكم الفسخ (تطبيقا للمادتين ١٥ و ١٧ من قانون الشهر العقارى الصادر سنة ١٩٤٦)[1] •

---

(١) اما ان كان تسجيل حق المشترى الثانى بعد التأشير بدعوى الفسخ او تسجيلها ، او تسجيل الحكم به ، فان حسن نية المشترى الثانى لا يجديه ، ويفضل حق البائع الأول على حقه فيسترد منه العقار .

ويلاحظ ان المادة ١٠٣٤ تتضمن حكما خاصا لحماية الدائن المرتهن رهنا رسميا اذ تقضى ببقاء حق المرتهن رغم ابطال سند ملكية =

٨٩ ــ الفسخ الاتفاقي :

قد يتم الاتفاق بين طرفي عقد ملزم للجانبين ، بعد ابرام هذا العقد على حل رابطتهما العقدية ، قبل أن يتم تنفيذه كاملا أو قبل أن تنتهي مدته ، فيكون هذا الاتفاق انهاء للعقد بالنسبة للمستقبل ان كان عقد مدة كالايجار أو عقد العمل ، ويكون رجوعا عن التزامات العقد ان كان عقدا فوريا كالبيع . وهذا الاتفاق مضمونه اقالة كل طرف للآخر من التزامه بالعقد ، أي رفع هذا الالتزام عنه ، ولذا يسمى « تقايلا »(١) ، وهو فسخ للعقد يتم باتفاق طرفيه في وقت لاحق لابرامه ، ولا يلزم لوقوعه توافر أية شروط كالفسخ القضائي ، فهو ليس جزاء وانما هو اتفاق ينتج أثره وفقا للمبادىء العامة في العقود ، ولكن نظرا لانه اتفاق على فسخ عقد سابق ، فانه ينتج أثر الفسخ بصفة عامة ، من حيث أنه ينهي وجود العقد ، ويقتضي أن يرد كل متعاقد الى الآخر ما حصل عليه تنفيذا للعقد المفسوخ ، لاعادة العاقدين الى حالهما قبل التعاقد ، بالنسبة للعقود الفورية التي تقتضي طبيعتها ذلك . ومع ذلك فوقوع هذا الفسخ باتفاق الطرفين

= الراهن او فسخه او الرجوع فيه ، اذا كان المرتهن حسن النية وقت ابرام العقد .

كما ان امتداد اثر الفسخ الى الغير ، لا يعني ، في رأي الفقه ، زوال حقوقهم التي تلقوها ، وهم حسنو النية ، بمقتضى عقد من عقود الادارة ، كالايجار ، فيسترد المتعاقد العين المبيعة مثلا ، بعد فسخ البيع ، مع بقاء حق المستاجر عليها . انظر منصور ، مذكراته ص ١١٩ واسماعيل غانم ، فقرة ١٦٩ وان كنا لا نجد سندا في القانون المدني الحالي ، لهذا الحكم ، مؤلفنا عن البطلان ، هامش ١ ص ٤١١ .

والغير الذي تزول حقوقه بالفسخ هو من تلقى حقه من الطرف الذي قضي ضده بالفسخ ، اما ان كان تلقى حقوقه من الطرف الآخر ، فقد اشرنا الى أن الفقه يرى في ذلك حائلا دون طلب الفسخ من هذا الطرف ، لعجزه عن اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل العقد .

(١) في المصباح المنير ، مادة « قيل » أقال الله عثرته اذا رفعه من سقوطه ومنه الاقالة في البيع لانها رفع العقد .

يترك مجالا واسعا لتحديد الآثار التى تترتب عليه بالصورة التى يرتضيها طرفا العقد ، ولو اختلفت مع آثار الفسخ الذى يتم بحكم القضاء ، كما يلاحظ أن الاتفاق على الفسخ ، يسرى على غير طرفيه فى حدود سريان أثر العقود على غير المتعاقدين ، ولذا لا يؤثر على مركز من كسب حقا من أحد الطرفين (خلف خاص) ، قبل الاتفاق على الفسخ ، لان الخلف الخاص لا يتأثر بتصرفات السلف الا ان كانت سابقة على الاستخلاف ، كما سبق أن رأينا ، فان كان مشترى عين قد رتب عليها رهنا ، قبل الاتفاق مع البائع على « التقايل » ، عادت هذه العين الى البائع ، محملة بهذا الرهن(١) .

ولكن الفسخ الاتفاقى لا يقتصر على صورة « التقايل » ، بل يمكن أن تكون له صورة أخرى تتمثل فى تضمن العقد ، منذ ابرامه ، شرطا بالفسخ ان وقع اخلال بالالتزامات المترتبة على العقد أو بالتزام منها ، ولذا يسمى « شرط الفسخ » ، وقد تكون للفسخ الذى يتم تطبيقا لهذا الشرط أحكام تختلف عن أحكام الفسخ القضائى ، كما نرى فيما يلى :

شرط الفسخ(٢) :

تتناول شرط الفسخ ، المادة ١٥٨ من القانون المدنى التى تقضى بأنه « يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائى ، عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه . وهذا الاتفاق لا يعفى من الاعذار الا اذا اتفق المتعاقدان صراحة على الاعفاء منه » .

---

(١) كذلك يجب تسجيل « التقايل » ان كان العقد المنسوخ واردا على حق عينى عقارى وتم تسجيله ، حتى يعود هذا الحق الى صاحبه .

(٢) تسمية « شرط الفسخ » clause de resolutian نطلقها على هذا الشرط لتمييزه عن الشرط الفاسخ condition resolutoire باعتباره وصفا للتراضى (أو الالتزام ، كما يذهب الفقه) .

فشرط الفسخ . شرط يضعه المتعاقدان فى اتفاقهما يواجهان به ، مقدما ، فرض اخلال أحدهما بالتزاماته فى العقد ، ويرتبان الفسخ على هذا الاخلال ، وهو بذلك شرط يؤكد الجزاء الذى يمكن ترتيبه دون حاجة الى اشتراطه فى العقد ، وفقا لحكم المادة ١٥٧ من القانون المدنى الذى سبق لنا بيانه فى الكلام عن الفسخ بحكم القاضى ، ولكن شرط الفسخ لا يقتصر دوره على تأكيد الفسخ كجزاء، وانما قد يعدل من قواعد الفسخ . اذا ظهر فى صياغة الاتفاق عليه ما يفيد قصد المتعاقدين الى هذا التعديل :

فقد يقتصر المتعاقدان فى اتفاقهما على تقرير أن العقد « يفسخ اذا أخل أحد الطرفين بالتزاماته » : فاذا صيغ شرط الفسخ بهذه الصورة ، فهو لا يعنى أكثر من ترديد قاعدة القانون التى ترتب الفسخ جزاء للاخلال بالالتزامات فى العقود الملزمة لجانبين ، ولذا تنطبق على فسخ العقد المتضمن لهذا الشرط نفس قواعد الفسخ القضائى التى سبق بيانها ، من حيث ضرورة طلبه من القضاء ، وعدم التزام القاضى الحكم به ولو ثبت له الاخلال بالالتزام ، كما يستطيع المدين أن يفى بالتزامه لتوقى الفسخ ، قبل صدور الحكم به نهائيا من القضاء .

أما اذا صيغ شرط الفسخ بأن العقد يكون « مفسوخا من تلقاء نفسه » ، فان هذه الصياغة تعنى أن العاقدين يقصدان الى استبعاد سلطة القاضى فى تقدير اجابة طلب الفسخ أو عدم اجابته[1] ، ويظل الالتجاء الى القضاء لازما للحصول على الحكم بالفسخ ، بعد اعذار المدين قبل رفع دعوى الفسخ ، ولا يكون الفسخ الا من وقت صدور هذا الحكم .

---

(١) ولكن تظل للقاضى سلطة تقدير توافر سبب الفسخ أو عدم توافره ، اى سلطة تقدير حدوث الاخلال الموجب للفسخ .

فاذا كانت صياغة الشرط أن العقد يكون « مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم القضاء أو دون حاجة الى رفع دعوى بذلك » ، فان هذا يعنى أنه بمجرد حصول الاخلال بالالتزام وفقا لما حدده العاقدان يحدث الفسخ فورا ، دون حاجة الى تقريره بحكم القضاء ، أى يقع الفسخ منذ الاخلال ، لا منذ حكم القضاء به . والالتجاء الى القضاء لتقرير الفسخ فى هذه الحال ، ليس لازما كما سبق القول ، ولكن قد يقوم النزاع بين الطرفين على حدوث الاخلال بالالتزام ، فيلجآن الى القضاء للفصل فى هذا النزاع ، فان حكم بأن الاخلال حدث ، فهو يقرر فى نفس الوقت وقوع الفسخ منذ حدوث الاخلال ، فالحكم يقرر حصول الفسخ فعلا قبل صدوره ، ولا ينشىء هذا الفسخ ، ولذا لا يتصور أن تكون للقاضى سلطة تقدير الحكم به أو عدم الحكم به ، بعد أن ثبت وقوع الاخلال المبرر الفسخ وفقا لشرط الفسخ . ويلاحظ أن صياغة شرط الفسخ بهذه الطريقة لا تغير قواعد الاعذار ، فيجب على الدائن أن يعذر المدين ليكون له أن يتمسك بحصول الفسخ .

وقد يتفق الطرفان على أنه اذا حدث اخلال بالالتزام ، فان العقد « يكون مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم القضاء أو الاعذار » ، وعندئذ يقع الفسخ بمجرد الاخلال بالالتزام ، بالصورة المتفق عليها ، كعدم التنفيذ فى الموعد المحدد(١) .

---

(١) وفى هذه الحال ايضا قد يقوم الخلاف على حدوث الاخلال بالالتزام ، فيكون الالتجاء الى القضاء واجبا ، ولكن لمجرد الفصل فى هذا الخلاف على الاخلال .

ولا يسلم القضاء بانعدام سلطته التقديرية فى الفسخ بناء على شرط الفسخ ، الا اذا كان ذلك واضحا وضوحا كاملا من صيغة الشرط .

وينص القانون فى بعض الأحوال على اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى قضاء أو اعذار، كما فعل فى المادة ٤٦١ مدنى،

على أنه مهما كان شرط الفسخ قاضيا بوقوع الفسخ من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم أو اعذار . فان هذا الفسخ لا يقع الا بناء على تمسك المتعاقد الذى يكون دائنا بالالتزام الذى حدث الاخلال به ، فالشرط مقرر لمصلحة هذا الدائن ولا يجوز لغيره التمسك به ، ولو قيل بغير ذلك لاصبح المتعاقد (المدين) قادرا على التحلل من رابطة العقد المقترن بشرط الفسخ ، بمجرد امتناعه عن تنفيذ التزامه . ولذلك فالدائن هو صاحب الحق فى الاختيار بين اعتبار العقد مفسوخا وفقا للشرط ، وبين المطالبة بالتنفيذ ، لاجبار المدين عليه ، رغم تأخره فى التنفيذ أو اتمامه بطريقة غير مناسبة ، مما يتوافر معه نفاذ شرط فسخ العقد بقوة القانون .

والفسخ الذى يترتب على « شرط الفسخ » . فسخ له طابع الجزاء ، وأثره أيضا ، ولو لم يكن حكم القضاء لازما له ، ولذا تحكمه المادة ١٦٠ التى تقضى باعادة المتعاقدين الى حالهما قبل التعاقد ، وفقا لما شرحنا به أحكامها فى الكلام عن أثر الفسخ بحكم القضاء .

٩٠ — الانفساخ :

الانفساخ هو انحلال رابطة العقد بقوة القانون ، أى دون أن يكون ذلك مشترطا فى العقد ، ودون أن يحتاج الامر الى حكم من القضاء بهذا الانحلال . ويحدث هذا الانفساخ اذا استحال تنفيذ التزامات أحد العاقدين (فى عقد ملزم للجانبين) نتيجة قوة قاهرة ، أو أى سبب لا يد للمدين فيه ، ولا يستطيع دفعه (سبب أجنبى) . اذ يترتب على هذه الاستحالة سقوط التزام المدين (المادة ٣٧٣

= بتقرير حق بائع المنقولات فى اعتبار العقد مفسوخا دون اعذار ، اذا لم يدفع المشترى الثمن فى الموعد المحدد لذلك ولتسليم المبيع . وكذا فى عقد العمل حيث يكون لصاحب العمل (المادة ٧٦ من قانون العمل) او للعامل (المادة ٧٧) فسخ العقد فورا .

مدنى)[١] ، ويلزم بالتالى اعفاء الطرف الآخر من التزامه المقابل ، ولذا يقضى القانون بانفساخ العقد فى هذه الحال ، فى المادة ١٥٩ مدنى التى تنص على أنه « فى العقود الملزمة لجانبين اذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه » .

والاستحالة التى يترتب عليها انفساخ العقد ، هى تلك التى تترتب على سبب أجنبى ، أى سبب لا يد للمدين فيه ، فلا يكون هذا المدين مسئولا بسببها قبل المتعاقد الآخر ولا يلزم بتعويضه عن أى ضرر مترتب على عدم التنفيذ ، فان كانت الاستحالة ناتجة عن فعل المدين ، فالفقه يرى أن العقد يظل قائما ، ويمكن الزام المتعاقد بتنفيذ العقد بمقابل ، أى عن طريق التعويض ، كما رأينا فى الكلام عن المسئولية العقدية .

وانفساخ العقد يتم من وقت حدوث الاستحالة ، ولا يحتاج الى صدور حكم القضاء به أو اعذار المدين ، ولكن قد يثور النزاع حول حدوث الاستحالة أو عدم حدوثها فاذا رفع هذا النزاع الى القضاء فقرر قيام الاستحالة وانفساخ العقد ، فان حكمه لا يكون منشئا للفسخ وانما يكون مقررا لحصوله منذ وقت حدوث الاستحالة .

وتترتب على انفساخ العقد بحكم القانون ، الآثار التى تترتب على الفسخ القضائى ، والتى قررتها المادة ١٦٠ من القانون المدنى .

واذا كان الانفساخ بقوة القانون ، بسبب استحالة التنفيذ بسبب أجنبى ، لا يثير بحثا عن المسئولية العقدية للمدين ، فهو يثير

---

(١) وهى تنص على ان الالتزام ينقضى « اذا اثبت المدين ان الوفاء به اصبح مستحيلا عليه لسبب اجنبى لا يد له فيه » . ويلاحظ أن استحالة التنفيذ عينا نتيجة للسبب الأجنبى ، تمنع قيام المسئولية العقدية ، ولذا لا يحكم على المدين بالتعويض عن عدم التنفيذ وهذا هو ما تقضى به المادة ٢١٥ مدنى .

البحث فى مسألة أخرى ؛ هى مسألة تحمل تبعة الاستحالة ، وعلى من تقع هذه التبعة ، أى من الذى يتحمل بالخسارة الناتجة عن هذه الاستحالة ، ولكن حكم تحمل هذه التبعة واضح من نص القانون على انفساخ العقد بسبب الاستحالة ، فهذا الانفساخ يعنى اعفاء الطرف الآخر من الالتزامات المقابلة للالتزام الذى صار مستحيلا ، وهو ما يقتضى تحمل المتعاقد الذى استحال تنفيذ التزامه بالخسارة الناتجة عن هذه الاستحالة ، لانه لن يطالب المتعاقد الآخر بالتزامه المقابل وان كان حصل على شىء تنفيذا لهذا الالتزام وجب عليه رده ؛ فالحرفى الذى يمرض فلا ينفذ الاعمال التى تعهد بها ، ليس له أن يطالب صاحب الاعمال بشىء ، وعليه أن يرد ما حصل عليه من مقدم ، وبائع العين الذى يتعذر عليه تسليمها لهلاكها ، لا يطالب المشترى بالثمن ، ويلتزم أن يرد ما وفى له به منه . ويصوغ الفقه قاعدة تحمل التبعة فى العقود الملزمة للجانبين ، بأن هذه التبعة يتحملها المدين بالالتزام الذى استحال تنفيذه(١) .

٩١ ـ أساس الفسخ :

يثور التساؤل فى الفقه عن الاساس الذى يقوم عليه الفسخ ؛ أى عن المبرر القانونى الذى يفسر حل الرابطة العقدية كوسيلة لاعفاء

---

(١) ولذا يقول الفقه انه ان كان العقد ملزما لجانب واحد ، كالوديعة غير المأجورة ، واستحال على المودع لديه رد الشىء الى صاحبه بسبب هلاكه بقوة قاهرة ، فان تبعة هذا الهلاك تكون على الدائن (صاحب الوديعة) ، ويقال لذلك ان تبعة الهلاك فى العقود الملزمة لجانب واحد تكون على الدائن بالالتزام الذى استحال تنفيذه . السنهورى ، الوسيط فقرة ٤٩٠ . ويرى اسماعيل غانم ان التبعة التى تحملها المودع هنا هى تبعة الشىء ، اى تبعة الملك ، ويفرق بينهما وبين تبعة العقد ، ويقول ، لذلك ، انه لو كانت الوديعة بأجر وهلك الشىء المودع واستحال على المودع لديه تنفيذ التزامه بالحفظ ، فان المودع لديه لن يستحق أجر الوديعة ، ويتحمل بذلك تبعة العقد ولكن المودع يتحمل تبعة هلاك العين المودعة بسبب اجنبى ، وانظر فى التفرقة بين تبعة العقد وتبعة الشىء ، مؤلفه عن المصادر ، فقرة ١٧١ .

الدائن من التزامه بالعقد ، اذا امتنع المتعاقد الآخر عن تنفيذ التزامه المقابل لالتزام هذا الدائن • وتختلف التفسيرات التى يبرر بها الفسخ، وبعضها يتأثر بقواعد القانون الرومانى ، الذى لم يعرف نظرية الفسخ ، ولذا فاننا نشير الى قواعد هذا القانون ، ونتابع تطور هذه القواعد حتى القوانين الحديثة •

فالقانون الرومانى لم يكن يعرف الفسخ . ذلك أن التزامات كل من العاقدين ، حتى فى العقد الملزم للجانبين ، كانت تقوم مستقلة ، كما لو كان كل منها مترتبا على تصرف قانونى منفرد وقائم بذاته(١) •

ولم يكن نظام الفسخ لذلك معروفا ، ولكن الحاجات العملية أدت الى ظهور بعض الوسائل التى ترتب بعض نتائجه فى حال عدم التنفيذ، فقد أبيح للمتعاقد الذى ينفذ التزامه ، ولا يتلقى الوفاء بالالتزام المقابل (فى بعض العقود) ، أن يرجع على الموفى اليه بدعوى استرداد ما وفى به لسبب لم يتحقق (على أساس عدم جواز الاثراء على حساب الغير) ، كما أبيح أن يدرج فى عقد البيع بالاجل ، شرط فسخ العقد ان لم يتم الوفاء بالثمن • وانتقلت هذه الاحكام الى القانون الفرنسى القديم ، ولكنها تطورت فيه وعممت بحيث افترض أن كل عقد ملزم للجانبين ينطوى على شرط فسخ ضمنى ، يطبق عند عدم قيام أحد العاقدين بتنفيذ التزامه ، ولكن هذا الفسخ لم يكن يقع الا بحكم القضاء ولذا جاءت صياغة المادة ١١٨٤ من القانون المدنى الفرنسى

---

(١) وهو فكر قانونى يتفق مع النظر الى الشكل او المظهر الذى يصدر من كل من المتعاقدين كأساس لا لتزامه ، دون حاجة الى ابراز الربط بين الارادتين ، مما سماه شراح القانون الرومانى : « الخاصة الفردية للتصرف » فى هذا القانون . انظر Jhering : **روح القانون الرومانى** ، جـ ٤ ص ١٩٤ و ص ١٩٥ ومؤلفنا عن البطلان ، هامش ١ ص ٣٩ . ولم يكن هذا التصور للعقد ، وما يؤدى اليه من عدم الأخذ بنظام الفسخ كوسيلة لكفالة التنفيذ من طرفى العقد ، يتعارض مع ضرورات التعامل فى بداية عهد القانون الرومانى ، حيث كانت المعاملات قليلة واغلبها منجزا (نقدا) .

متأثرة بهذا التاريخ ، فتكلمت عن الفسخ القضائى كما لو كان قائما على شرط فسخ فى كل عقد ، مع أن ضرورة القضاء بالفسخ ، أى ، ضرورة صدور حكم به من القضاء حتى يقع الفسخ ، الذى يستلزمه هذا النص ، تتعارض مع فكرة شرط الفسخ ، كمارأينا •

ويلاحظ أن كثيرا من أحكام القضاء فى فرنسا ومصر ظلت ترجع الفسخ الى فكرة شرط الفسخ الضمنى ، أى تفسره فنيا بفكرة الشرط الذى يفترض رضاء طرفى العقد به ، فى القانون الحديث ، مع أنها فكرة ترجع الى الاعتبارات التاريخية التى أشرنا اليها ، كما أنها تتعارض مع ضرورة الالتجاء الى القضاء للحكم بالفسخ ، كما تتعارض مع ما يقال به من السلطة التقديرية للقاضى فى الحكم به ، وحق المدين فى الوفاء لتجنب الفسخ ، فشرط الفسخ يقتضى أن يقع الفسخ بمجرد عدم التنفيذ ، بحكم الشرط ، ولذا فان تبرير نظام الفسخ بفكرة الشرط الضمنى ، تبرير غير مقبول(١) •

ولذا فقد اتجه كثير من الشراح المحدثين الى تفسير نظام الفسخ بفكرة تخلف السبب(٢) ، على أساس أن عدم تنفيذ التزام أحد المتعاقدين ، فى عقد ملزم للجانبين ، يعنى زوال سبب التزام الطرف الآخر ، فالسبب فى العقد الملزم للجانبين ، بالنسبة لكل طرف كما يصوره هذا الرأى ، هو تنفيذ التزام المتعاقد الآخر ، فاذا لم ينفذ هذا المتعاقد التزامه ، كان التزام الطرف الآخر التزاما بلا سبب وسقط هو الآخر • وقد أخذت بعض الاحكام القضائية بتفسير الفسخ بهذه الفكرة ، ولكن الفقه ينتقدها فى الوقت الحاضر على أساس أنها تقوم على معنى غير مسلم للسبب ، فالسبب بالنسبة للمتعاقد ، كما يرى هذا الفقه ، هو الغاية التى يستهدفها من تعاقده ، وهذه الغاية

---

(١) فضلا عما تقوم عليه من افتراض ارادة للعاقدين ، أى ما تقوم عليه من تصور قد لا يطابق الحقيقة •

(٢) وعلى راسهم الاستاذ كابيتان ، فى مؤلفه عن السبب فى الالتزامات ، فقرة ٧ و ١٤ و ١٣٠ •

هى ما يتعهد به المتعاقد الآخر ، فتعهد الطرف الاخر ، لا تنفيذ تعهده ، هو مقصد المتعاقد وهو سبب التزامه فاذا قام العقد مع توافر سببه ؛ لا يؤدى عدم تنفيذ أحد العاقدين لالتزامه الى زوال السبب ، ولذا يجب البحث من أساس آخر لتفسير فسخ العقد فى هذه الحال ، كما ينتقدها الفقه من ناحية أخرى على أساس أن تخلف السبب يؤدى الى البطلان ، ولا يمكن الكلام عن بطلان العقد ، خصوصا فى حال عدم التنفيذ بخطأ المدين حيث يعتبر العقد باقيا ، ويقوم حق المتعاقد الدائن فى الخيار بين طلب الفسخ وطلب الاجبار على التنفيذ ، ولا يتصور ، كما يقول الفقه ، أن يكون العقد قابلا للتنفيذ ، وقد تخلف سببه(١) .

ويذهب بعض الفقه الحديث الى تفسير نظام الفسخ بفكرة العدالة ، أو بفكرة المقابل أو المعادل ، أى التوازن اللازم تحقيقه فى المعاملات(٢) . الا أن هذه الافكار ، كما يقول الآخذون بها أنفسهم لا تعطى تفسيرا فنيا صالحا لاسناد نظام الفسخ فى كل قواعده ، كما أنها تدور حول فكرة السبب ، على أساس أن الجزاءات الخاصة للعقود الملزمة لجانبين بصفة عامة ، ان لم تكن تطبيقا بسيطا لفكرة السبب ، فهى تستلهم نفس الاهداف التى يقصد الى تحقيقها بنظرية السبب(٣) .

ومن هذه الفكرة الاخيرة ، أى قيام تبرير نظام الفسخ على فكرة السبب(أو الغاية) ، دون أن تعتبر فكرة السبب نفسها أساس نظام الفسخ ، نستطيع أن نؤيد الرأى الذى يبرر نظام الفسخ بفكرة الارتباط أو التساند interdependance بين الالتزامات المتقابلة فى العقود الملزمة للجانبين ، فان لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ ما يقع

---

(١) مارتى ورينو ، فقرة ٣١١ .

(٢) المرجع السابق ، فقرة ٣١٢ — ٣١٣ واسماعيل غانم ، فقرة ١٦٣ .

(٣) مارتى ورينو ، فقرة ٣١٤ .

على عاتقه من التزام ، جاز للآخر أن يطلب التحلل من التزامه هو أيضا ، بفسخ العقد[1] •

فالارتباط الذى يقوم عليه العقد الملزم للجانبين والذى يقوم بين الارادتين المكونتين له ، يقوم بين الآثار الناتجة عن كل منهما بعد ابرام العقد ، وهو الاساس الذى يبنى عليه فسخه اذا استحال تنفيذ التزامات أحد العاقدين (وكذا الدفع بعدم التنفيذ) • وليست هناك حاجة الى أن تبنى هذه النتائج (الفسخ أو الدفع بعدم التنفيذ) على فكرة « السبب » كركن « للعقد » ؛ فالارتباط الذى يقوم بين التزامات الطرفين فى العقد الملزم للجانبين ، ليس هو « ركن » السبب ، وانما هو نتيجة تترتب على فكرة السبب بمعنى الغاية ، ولكن الارتباط مع أنه نتيجة « للسبب » يقوم مستقلا عنه ، بمعنى أن ترتيب أية نتائج على هذا الارتباط لا تقتضى بالضرورة تأسيس هذه النتائج على « السبب » كركن أو عنصر للتصرف القانونى، بل يكفى تأسيسها على الارتباط وحده • ولذا يمكن تفسير الفسخ بفكرة الارتباط بين التزامات الطرفين ، وحدها دون حاجة الى ربط ذلك بالسبب ، فالفسخ كجزاء لا ينصب على التصرف القانونى ، بل ينصب على الرابطة بين التصرفات المنشئة للعقد ، ويعنى حل هذه الرابطة (فالفسخ هو حل ارتباط العقد) ، وهو جزاء يهدف الى اعفاء أحد طرفى العقد من التزامه به ، بعد أن تبين تعذر حصوله على المقابل لهذه الالتزامات (أى التزامات الطرف الآخر) ، لما بين التزامات الطرفين من ارتباط ، وهذا الارتباط لا يحتاج فى القول بوجوده ، الى ابقاء الصلة بين الارادات التى تم تكوين العقد بها وبين الآثار التى هدفت الى تحقيقها فعلا ، فبمجرد تحقق هذه الآثار على الصورة التى أرادها طرفا العقد ، تقوم آثار العقد بذاتها ، استنادا لحكم القانون ، وبينها الارتباط الذى تصوره وأراده كل من العاقدين ، دون حاجة الى اسناد هذا الارتباط الى التصرفات التى أنشأتها ،

---

(١) السنهورى ، الوسيط ، فقرة ٤٦٣ •

فلا يكون هناك وجه لان يسند القول بزوال الرابطة بين هذه لآثار الى تخلف شرط (أو أكثر) من شروط الارادات التى نشأت بها الآثار ، كما هى الحال فى تفسيره بتخلف السبب مثلا . فالبحث عن أثر عـدم تنفيذ الالتزامات المتقابلة فى العقد الملزم للجانبين يجب أن يظل فى نطاق الارتباط بينها ، فاذا وقع عدم التنفيذ من أحـد الطـرفين ، يجب تفسير هذا الاثر (أى الفسخ) بأن الارتباط بين التزامات المتعاقد الذى لم ينفذ والتزامات الطرف الآخر ، ينهدم بسبب عدم الوفاء ، ويترتب عليه تحلل الطرف الآخر من هذا الارتباط ، فأساس الفسخ اذن هو الارتباط بين التزامات الطرفين ، فى العقد الملزم للجانبين ، وليس « السبب » ، ولو أن الارتباط نتيجة تنشأ عن هذا السبب[1] .

---

(١) وانظر مؤلفنا عن البطلان ، فقرة ٥٩ .

وتبدو الحاجة ، بعد ان فصلنا بين الفسخ وشروط التصرف القانونى ، الى بيان كيفية وقـوع فسخ العقد ، نتيجة لاستحالة التنفيـذ ، دون ان يمس هذا الفسخ التصرفات القانونية التى ابرم بها العقـد . ونحن نعتقد ان هذا يكون بالرجوع الى تحديد دور الاراد (التصرف القانونى) ودور العقد فى انتاج الآثار القانونية ، كما اشرنا اليهما من قبل ، فقـد قلنا ان ارادة كل متعاقد هى مصدر نشوء الاثار التى يلتزم بها ، وان الارتباط بين ارادته وارادة اخرى هو مصدر لزوم هذه الآثار ، والفسخ باعتباره حـلا للرابطة العقـدية يؤدى الى رفع اللزوم عن الآثار التى يتعهد بهـا كل من العاقدين ، فيصـبح حرا فى البقاء على التزامه بها او عدوله عن ذلك (قرب بهجت بدوى ، نظرية العقد ، فقرة ٣٤٠) . فالفسخ لا يعمل عن طريق منع او ازالة آثار التصرف القانونى لسبب قائم بهذا التصرف ، كما يعمل البطلان ، بل يقتصر على هدم العقد ، باعتباره الارتباط بين الارادات أو التصرفات ، كوسيلة لرفع اللزوم عن تعهد الدائن ، والفسخ يؤدى الى اسقاط التزامات نشأت بتصرفات صحيحة لا منع نشوئها منـذ البداية كما يعمل البطلان ، وقرب دى باج ، ج ٢ فقرة ٨٧٤ ، وانظـر مؤلفنا عن البطلان ، فقرة ٦٢ وفقرة ٦٣ .

ويلاحظ اننا جعلنا اساس تقرير فسخ العقد بحـكم القضـاء ، كجزاء على اخلال احد العاقدين بالتزامه ، استحالة تنفيذ هذا الالتزام ، فجعلنا هذه الاستحالة منـاط وجـوب القضـاء بالفسخ ، اى التـزام القاضى الحكم به .

والواقع أن استحالة التنفيذ ، اذا ثبتت للقاضى ، فان هذا يعنى سقوط الالتزام الذى استحال ، وعند تحقق هذه الاستحالة يلتزم القاضى بالحكم بالفسخ ، اى حل الرابطة العقدية ، تمكينا للطرف الآخر من التحلل من التزامه العقدى ، وهذا التحلل يقوم على فكرة الارتباط او التساند بين الالتزامات التى تنشأ فى اطار عقد ملزم للجانبين .

فأساس اتجاه القاضى الى الفسخ اذا طلب منه الحكم به هو ما يتبينه من استحالة تنفيذ التزام المدين المخل تنفيذا محققا لغاية الدائن من هذا الالتزام ، اذ تؤدى هذه الاستحالة ، اذا قدر القاضى تحققها ، الى إعتبار التزام المدين الذى يطلب منه التنفيذ ساقطا ، سواء أكانت الاستحالة بخطئه او بسبب أجنبى .

ويؤدى تقرير هذه الاستحالة ، وما يترتب عليها من سقوط التزام الطرف المقصر ، الى ضرورة اتخاذ قرار يؤدى الى اعفاء الطرف الاخير فى العقد الملزم للجانبين من التزامه المقابل ، وهذا القرار هو حل الرابطة العقدية لرفع اللزوم عن واجب الدائن ، اى الحكم بالفسخ ، فالاستحالة التى تسقط التزام الطرف المخل ، تؤدى بالضرورة الى اعفاء الطرف الآخر من التزامه المقابل ، بسبب الارتباط القائم بين الالتزامات .

وقد يقال بأن استحالة تنفيذ الالتزام تسقطه بقوة القانون ، فيسقط الالتزام المقابل بقوة القانون ايضا ، وانه فى حال الاستحالة بسبب يعزى الى المدين يظل العقد الذى نشأ فيه التزامه قائما ، ان لم يطالب الطرف الآخر بالفسخ ، وينتقل التنفيذ الى التنفيذ بمقابل (اى التنفيذ عن طريق التعويض) .

ولكننا نعتقد ان اتجاه القضاء عندئذ الى الحكم بالتنفيذ بمقابل ، هو تسليم بسقوط الالتزام بالتنفيذ العينى ، وبالتالى سقوط الالتزام المقابل (اى فسخ) مع استحقاق التعويض عن ضرر هذا الفسخ ، على خلاف الحال فى فرض الاستحالة بسبب اجنبى ، حيث لا تعويض .

ولا تعارض بين اعتبار هذه الاستحالة أساس الفسخ كجزاء ، وبين تفسير ما يؤدى اليه الفسخ من اعفاء طالبه من التزاماته بموجب العقد ، بفكرة الارتباط بينها وبين التزامات الطرف المقصر .

فالاستحالة هى مناط وجوب الفسخ بحكم القضاء ، والارتباط أساس سقوط التزامات طالب الفسخ ، بعد تقريره ، وهذا يعنى أن الفسخ ينطوى على أمرين ، الأول : تقرير الفسخ كجزاء على الطرف المقصر ، ومناطه استحالة التنفيذ بسبب يعزى اليه ، والثانى : اعفاء طالب الفسخ من التزاماته العقدية ، بسبب ازالة الارتباط القائم بينها وبين التزامات الطرف الآخر .

٢ ـ الارادة المنفـــــردة

٢ ـ الارادة المنفردة

٩٢ ـ تمهيـــد :

ذكرنا من قبل أن أغلب صور التعامل بين الافراد تتم بالاتفاقات، ولذا فان الجزء الاعظم من الالتزامات التى تنشأ بالارادة (الالتزامات الارادية) ، ينشأ فى اطار العقد ، ولا يبقى للارادة المنفردة الا مجال ضيل تعتبر فيه منشأ الالتــزام الارادى • ولكننا قلنا مـــع ذلك أن التصرف القانونى هو ارادة منفردة دائما ، وهذا يعنى أن الارادة ، باعتبارها هذا التصرف ، هى مصدر الالتزام ، حتى ولو كان لزوم الآثار الناشئة عنها ، يقتضى ارتباطها بارادة أو ارادات أخرى ، أى يقتضى ابرام عقد ، ذلك أن ضرورة العقد للزوم الآثار ، أمر يتحدد فى ارادة المتعاقد نفسها[١] ، أى أن تمام العقد يكون ضروريا لنشوء الالتزام قانونا اذا كان هذا هو قصد صاحب الارادة ، ولذا ان تبين أن شخصا يعبر عن ارادته الالتزام دون أن يجعـــل ذلك متوقفا على ارتباطه بأى شخص آخر أى دون حاجة الى عقد ، فانه يلتزم التزاما نهائيا بارادته المنفردة ، فالارادة المنفردة تكون اذن مصدرا للالتزام فى كل حال يتبين فيها أن صاحب هذه الارادة يلتزم بمجرد تعبيره عن ارادة الالتزام ، دون انتظار لقبول من شخص آخر أو لارتباط ارادته بارادة شخص آخر ، وان كانت هذه الاحوال قليلة ، بل نادرة ، فى الحياة العملية •

ويعارض كثير من الفقهاء اعتبـــار الارادة المنفـــردة مصـــــدرا للالتزام[٢] ، ويصل بعضـــهم فى ذلك الى رفض اعتبارها مصـــدرا

---

(١) انظر ما سبق ، فقرة ٥٧ وهوامشها .

(٢) ومن المسلم أن الارادة المنفـــردة تنتج آثارا قانونيـــة ، غـــير انشاء الالتزامات . لا ينازع احد فيها ، كالاجازة فى البطلان ، والاقرار من الاصيل لمـــا يجاوز به النائب حـــدود ولايتـــه ، والنزول عن الحق العينى ، وقبول المنتفع للاشتراط لمصلحته . وانظـــر مؤلفنا عن البطلان هامش ١ ص ١٦ .

للالتزام فى أية صورة ، ويسلم البعض الآخر باعتبارها مصـــدرا فى بعض الاحوال وبصفة استثنائية ، ولكن أغلب الفقه يرفض أن تعتبر مصدرا عاما للالتزام ، ولا يعتبرها صالحة لان تكون كذلك ، الا قلة من الفقهـــاء •

ونحن نعتقد أن اعتبار الارادة المنفردة مصدرا للالتزام لا يثير الخلاف بين الفقهاء الا بسبب عدم تحديد دور الارادة فى انتاج الاثر القانونى ، وبقصد التوفيق بين هذا الدور ودور التوافق والارتباط بين الارادتين فى العقد ، وقد خيل لمعـــارضى الارادة المنفـــردة أن التسليم بها كمصدر للالتزام يعنى الغاء العقد وحلول الارادة المنفردة محله ، مع أن تحديد دور كل من الارادة ، والتوافق بين الارادتين ، فى نشوء الآثار القانونية ، يجعل التسليم بقدرة الارادة المنفردة على انشاء الالتزامات ، غير متعارض مع بقاء العقد المصـــدر الرئيسى ، للالتزامات الارادية •

والكلام عن الارادة المنفردة كمصدر للالتزام ، يقتضى التعرض لخلاف الفقه حول اعتبارها مصدرا للالتزام ، قبل بيان كيفية التوفيق بين التسليم بأنها مصدر الالتزامات الارادية بصفة عامة ، وبين ضرورة العقد ، فى أغلب الاحوال ، ليتحقق الالتزام بالارادة ، مما يجعل العقد ، دون الارادة المنفردة الوسيلة الرئيسية للتعامل •

وقد اعتبر القانون المـــدنى المصرى ، الارادة المنفردة مصـــدرا للالتزام ، ونظم فى الفصل الثانى من الباب الاول (من الكتاب الاول من القسم الاول) ، وفى مادة واحدة ، هى المـــادة ١٦٢ ، أحـــد تطبيقات الالتزام بالارادة المنفـــردة ، هو التزام من يوجـــه وعـــدا للجمهور ، بجائزة معينة ، لمن يقوم بعمل معين (الوعد بجائزة) ، ومن اللازم فى كلامنا عن الارادة المنفردة كمصـــدر للالتزام ، أن نعرف أحكام هذا الوعد •

وعلى ذلك فكلامنا عن الارادة المنفردة . يتناول المسائل الآتية :

١ — خلاف الفقه حول الارادة المنفردة كمصدر للالتزام .

٢ — التوفيق بين دور الارادة ، ودور الارتباط بين الارادتين فى العقد ، فى انشاء الالتزامات .

٣ — الوعد بجائزة كتطبيق للالتزام بالارادة المنفردة .

٩٣ — خلاف الفقه حول الارادة المنفردة والرأى فيه :

الكلام عن الارادة المنفردة كمصدر للالتزام ، ومحاولة اقامة نظرية التصرف القانونى باعتباره هذه الارادة ، ظاهرة فقهية حديثة نشأت فى الفقه القانونى الالمانى ، فذهب كثير من الفقهاء الالمان الى أن الارادة المنفردة مصدر للالتزام(١) ، ثم عرفت هذه النظرية فى القانون الفرنسى منذ أواخر القرن التاسع عشر فى بعض المؤلفات الفقهية(٢) ، وقد رحب بها بعض الفقهاء الفرنسيين(٣) ، ولكن أغلب الفقه الفرنسى لا يقبل النظرية الالمانية فى جعل الارادة المنفردة مصدرا للالتزام(٤) ، ومن يؤيدها من الفقهاء الفرنسيين انما أخذ ببعض تطبيقاتها دون أن يسلم بأنها مصدر للالتزام بصفة عامة . والفقه المصرى لا يختلف فى هذا عن الفقه الفرنسى ، فأغلب الشراح لا يعتبرون الارادة المنفردة مصدرا للالتزام الا فى أحوال استثنائية ،

---

(١) مثل سبيجل وكونتز وغيرهما ، انظر السنهورى ، الوسيط ، فقرة ٩٠٦ ومارتى ورينو ، فقرة ٣١٦ .

(٢) كمؤلف ورمز عن الارادة المنفردة ، سنة ١٨٩١ ومؤلف سالى عن نظرية الالتزام فى مشروع القانون الالمانى ، فقرة من ١٣٨ الى ١٤٤ .

(٣) منهم : جينى ، طرق تفسير القانون الخاص ومصادره ، فقرة ١٧٢ مكرر وما بعدها ، وديموج ، الالتزامات ج ١ فقرة ٧٨ وما بعدها ، وجوسران ، مؤلفه عن القانون المدنى ، ج ٢ فقرة ١٠ وفقرة ٣٩٥ وما بعدها .

(٤) أنظر مارتى ورينو ، المرجع السابق .

ومسلك القانون المدنى المصرى الحالى ، الذى لا ينص الا على « الوعد بجائزة » كتطبيق للالتزام بالارادة المنفردة ، يعتبر سندا قويا لهذا الرأى(١) . كما أن الفقه يلاحظ أن القانون المدنى الالمانى ، رغم ظهور النظرية فى الفقه الالمانى ، لم يأخذ باعتبار الارادة المنفردة مصدرا عاما للالتزام ، بل نص فى المادة ٣٠٥ على أن انشاء الالتزام بالتصرف القانونى يستلزم عقدا بين ذوى المصلحة ، ما لم يقض القانون بغير ذلك ، مما يعنى أن الالتزام بالارادة المنفردة استثناء يقرره القانون(٢) .

ويمكن تلخيص موقف الفقه فى جملته ، سواء فى فرنسا أم فى مصر ، بأنه يرفض مبدأ الالتزام بالارادة المنفردة كقاعدة عامة ، وان كان يقبل رد بعض الالتزامات اليها فى حالات خاصة ، وبصفة استثنائية ، على أساس أن العقد هو المصدر الاصلى للالتزامات الارادية .

ونحن نعتقد أن الوصول الى هذه النتيجة ، أى اعتبار العقد المصدر الاصلى للالتزامات الاراديه دون الارادة المنفردة ، لا يقتضى رفض قدرة الارادة المنفردة على انشاء الالتزام بصورة عامة ، وانما يستلزم أن يحدد دور كل من الارادة والتوافق بين الارادتين ، فى العقد ، فى انتاج الآثار ، وأن يبرز أن ارتباط هذه الارادة بارادة العاقد الآخر هو وسيلة تأكيد هذه الاثار ولزومها وليس منشأ هذه الآثار ، ويرتفع عندئذ ما يتصور وجوده من تناقض بين التسليم

---

(١) انظر ابو ستيت ، فقرة ٤٠١ ومجموعة الاعمال التحضيرية ، جـ ٢ ص ٣٣٩ .

(٢) اسماعيل غانم ، فقرة ٢٠٧ ، وسنرى أن هذا النص لا يعنى نفى مبدأ الالتزام بالارادة المنفردة ، بل يقرر ما سبق ان ذكرناه من ان اغلب صور التعامل تتم بالعقد لا بالارادة المنفردة .

بقدرة الارادة المنفردة على انتاج الآثار القانونية ، وضرورة العقد لنشوء الالتزام القانونى[1] .

ورفع التناقض بين الارادة المنفردة والعقد ، على الصورة السابقة ، يستلزم البدء بالتسليم بالارادة المنفردة كتصرف قانونى ، أى كمصدر للآثار القانونية ، قبل تحديد دورها فى اطار العقد ، وفى هذا السبيل نجد من اللازم أن نعرض حجج أنصار الارادة المنفردة وردود المعارضين لها ، لنتبين مدى ما فى هذه الحجج والردود عليها من صحة واقناع .

وأنصار الارادة المنفردة يدافعون عن نظريتهم فى قدرة الارادة المنفردة على الالزام ، بما يأتى :

(أ) مقتضى سلطان الارادة ، أن يستطيع الشخص الزام نفسه بارادته وحدها ، ولو كان هذا الالزام يوجد للغير حقا ، فليس هناك ما يمنع من أن ينشأ حق لشخص من التزام شخص آخر بارادته المنفردة ، أى ولو كان من نشأ لمصلحته الحق لم يشارك فى انشائه ولم يرض به ، فهو يستطيع أن يرده ، فلا يدخل فى ذمته .

(ب) اذا قيل ان الشخص لا يستطيع أن يلزم نفسه برضائه أى بارادته المنفردة ، فمن باب أولى يجب القول بأنه لا يلتزم بارادة غيره ، فاذا لم تكن ارادة الشخص هى مصدر التزامه ، لا يمكن القول بأن الارتباط بين هذه الارادة وارادة شخص آخر ، هو مصدر هذا الالتزام .

(ج) هناك صور عملية تبدو حتمية التسليم فيها بالالتزام بالارادة[2] المنفردة ، كلزوم الايجاب والوعد بجائزة .

---

(١) انظر مؤلفنا عن البطلان ، فقرة ٧ وما بعدها .

(٢) كما يلاحظ انصار الارادة المنفردة أن معارضيها يعتبرون العقد ، أى الارتباط بين الارادتين ، اساس الالتزام بالارادة ، مع أن هذا الارتباط يكون فى كثير من الاحيان مفترضا غير حقيقى فالايجاب =

ولكن الفقه التقليدى الفرنسى ، الذى يعارض الارادة المنفـردة يرد الحجج السابقة ، على النحو الآتى :

(أ) التسليم بوجود الالتزام بارادة المدين وحدها ، لا يعنى شيئا ان لم يكن هذا الالتزام حقا لشخص آخـر يكون دائنا بـه ، ومادام رضاء الشخص واجبا ليصبح دائنا ، فهذا هو توافق الارادتين (ارادة الملتزم وارادة الدائن) الذى ينشأ به الحق •

(ب) التسليم بقدرة الارادة المنفردة على ايجـاد الالتزام ، يقضى التسليم بقدرتها على ازالة هذا الالتزام بعد وجوده ، منفردة أيضا ، على أساس أن الارادة اللاحقة تنسخ السابقة ، فما تستطيع الارادة المنفردة أن تبرمـه ، تستطيع أن تحله ، وبذا لا يثبت أى التزام بها •

(جـ) رد الآثار القانونية الى الارادة وحدها ، حتى فى نطاق العقد يعنى أن هذه الآثار من صنع الارادة الفردية لكل متعاقد ، مع أن هذه الآثار لا تنتج الا من امتزاج أو تفاعل الارادات المشتركة فى العقد ، من خلال التفاوض قبل الاتفاق ، وتأثر ارادة كل متعـاقد بارادة الآخر •

ويعتبر بلانيول ممثل موقف الفقه التقليدى الفرنسى فى رفض الارادة المنفردة كمصدر للالتزام ، واعتبار العقـد المصدر الوحيـد للالتزام الارادى ، بل أن ما يذهب اليه بلانيول من تحديد مصـادر الالتزام باثنين فقط هما العقد ، والقانون ، يجعل تشدده فى رفض

والقبول يتعاقبان ، ولو كان العاقـدان فى مجلس واحد ، وتعاقبهما واضح فى التعاقد بالمراسلة اذ يفترض بقاء الايجاب حتى يصـل الى من يوجه اليه فيقبله ، وبغير هذا الافـتراض لا يمكن التحقق من تـوافق الارادتين ـــ انظر الوسيط ، للسنهورى ، ص ١٤٤٧ •

الالتزام بالارادة المنفردة ، موقفا خاصا به ، فهو يقول أن العقد مصدر للالتزامات يقتصر القانون بالنسبة له على رقابة ما منحه للافراد من حرية بشأنه ، فالعقد ذاته يعتبر مصدرا مباشرا لما ينشأ عنه من التزامات ، أما القانون فهو المصدر المباشر لاى التزام ينشأ عن أية واقعة أخرى غير العقد ، كالافعال الضارة أو النافعة ، وتشبهها فى ذلك الارادة المنفردة ، فان ترتبت بعض الآثار على هذه الارادة ، فهو لان القانون أراد ذلك[1] • فبلانيول يشبه الارادة المنفردة بالاعمال المادية ويخرجها من نطاق الاعمال الارادية ، وهو أقصى ما يتصور من تنكر للارادة المنفردة •

ويؤيد معارضو الارادة المنفردة مذهبهم فى رفض اعتبارها مصدرا للالتزام ، وفى قولهم أن العقد هو المصدر الوحيد للالتزامات الارادية ، بتقاليد القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم اللذين لم يعرفا سوى العقد مصدرا للالتزام[2] •

ولكن الواقع أن الاعتراضات السابقة لا يمكن أن تكون حاسمة فى انكار قدرة الارادة المنفردة على انشاء الالتزام •

١ — فالقول بأن نشوء الالتزام بالارادة المنفردة يؤدى الى ثبوت حق لشخص دون رضائه ، لا يفهم الا على أساس تعريف الالتزام بأنه رابطة بين دائن ومدين ، والواقع أن الالتزام أحد وجهى

---

(١) ويذهب السنهورى ، فى الوسيط ، الى مثل هذا فيجعل الالتزام بالارادة المفردة من صور الالتزامات التى مصدرها القانون ، فقرة ٩٠٨ . ولكن اغلب الفقه لا يتفق معه فى ذلك ، انظر أبو ستيت فقرة ٤٠١ وعبد المنعم الصدة ، فقرة ٣٩٣ .

(٢) مع أن القانون الرومانى عرف صورا للالتزام بالارادة المنفردة فى حال النذر للالهة أو التبرع للمدن ، ولذا يرى الفقه أن القانون الرومانى اقر الالتزام بالارادة المنفردة فى الاحوال التى استلزمت ذلك فيها ، الحاجات العملية (رسالة ورمز عن الارادة المنفردة • ص ٨٠ وانظر مؤلفنا عن البطلان ص ١٨ وما بعدها .

هذه الرابطة فقط ، فالالتزام هو الواجب الذى ينشأ على عاتق المدين، ولا ضرر لاحد فى أن ينشأ هذا الواجب على عاتق من حمل نفسه بـه بارادته الواحدة • أما الحق المقابل لهذا الالتزام ، فهـو قدرة على اقتضاء الاداء الذى يكون موضوع الالتزام ، وهذا الاقتضاء لا يكون الا برغبة الدائن وارادته ، فلا يكسب الحق اذن الا برضائه[1] ، ثم أن نشوء حق لشخص دون مشاركته فى ذلك أمر مسلم من الفقـه كله ، فى بعض الصور ، كحق المنتفع من الاشتراط لمصلحة الغير •

٢ ـ أما ما يعترض به على الالتزام بالارادة المنفـردة ، من ضرورة التسليم بحق الملتزم فى الرجوع فى التزامه بالارادة المنفـردة أيضا ، فمردود بأن القول بأن الارادة هى مصدر الآثار القانونية ليس معناه اغفال العوامل التى تؤدى الى لزوم هـذه الآثار وزوال قـدرة صاحب الارادة على الرجوع فيما التزم به ، كارتباط الارادة بارادة أخرى (فى العقد) أو علانية التعبير عن الارادة •

٣ ـ والاعتراض الثالث الذى يقول أن الارادة الواحدة ليست هى التى تصوغ الالتزامات وتحددها ، فى اطار العقد ، وانما يتم ذلك بامتزاج الارادات أو تفاعلهـا ، اعتراض يقـوم على الخلط بين مضـمون الارادة كتعبير بات فى معنى الالتزام ، وبين تكوين هـذا المضمون فى المراحل السابقة على التعبير النهائى عن الارادة ، ففى هذه المراحل السابقة تتدخـل عوامـل لا حصر لهـا ، منها رغبـات المتعاقد الآخر ان كان الامر متعلقا بعقد ، فى تشكيل مضمون الارادة،

---

(١) ويذهب البعض الى الرد على هذه الحجة بأن تعريف الالتزام بانه رابطة ، اخذ بالمذهب الشخصى فى تحديد معنى الالتزام ، وان اخذ الالتزام ، وفقا للنظرة المـادية ، على انه قيمة مالية ، وان الرابطة بين الدائن والمدين هى مجرد وسيلة لتحقيق هذه القيمـة ، لا يجعـل نشوء الالتزام برابطة بين الدائن والمدين ، اى بعقد ، امرا ضروريا ـ انظـر مؤلفنا عن البطلان ، فقرة ٢٢ .

ولكن قصد الالتزام بمضمون معيز فى نهاية الامر ، لا يمكن الا أن يكون عمل الارادة المنفردة للشخص الذى يلتزم بارادته •

والحق أن التسليم بقدرة الشخص على الالتزام بارادته ، هو أول ما يترتب على مبدأ سلطان الارادة أو ذاتيتها ، وهو مبدأ مازال مسلما فى القوانين الحديثة كما أن تسليم أكثر الفقهاء المحدثين بنشوء الالتزامات بالارادة المنفردة ، ولو كان ذلك فى أحوال محددة واستثنائية ، لا يمكن فهمه الا على أساس التسليم بصحة مبدأ قدرة الارادة المنفردة على الالزام ، أى التسليم بأن الارادة المنفردة هى مصدر الالتزامات الارادية بصفة عامة أى ولو كانت هذه الالتزامات تنشأ فى اطار العقد ويكون الامر الذى يحتاج الى تفسير ، وبما لا يمس بهذه القاعدة ، هو تبرير حصر الالتزام بها عملا ، فى أحوال قليلة ، وجعل العقد مصدر الالتزام الارادى فى أغلب الاحوال •

ونكرر هنا ما سبق أن ذكرناه ، من أن التسليم بقدرة الارادة المنفردة على ترتيب الآثار القانونية ، حتى فى نطاق العقد • لا يعنى الغاء العقد كوسيلة أساسية للتعامل بين الافراد ، بل تظل له كل أهميته(١) ولكن تقوم الحاجة الى التوفيق بين استبقاء هذه الاهمية للعقد ، وتأسيس الالتزامات الناشئة فيه ، على الارادة ، لا على مجرد الارتباط بين الارادتين ، كما نرى فيما يلى :

٩٤ ــ دور الارادة ودور التراضى فى العقد :

التوفيق بين اعتبار التصرف القانونى ارادة منفردة فى جميع الاحوال وبين التسليم ببقاء العقد كأهم وسيلة لقيام الالتزامات

---

(١) وقد سبق أن ذكرنا ما نص عليه القانون المدنى الالمانى فى المادة ٣٠٥ الذى يقرر أن انشاء الالتزام بالتصرف القانونى ، يتم أساسا بالعقد ما لم يقض القانون بغير ذلك • وجعل الاهمية للعقد ، من حيث العناية بتنظيمه تشريعا ، ومن حيث اعتباره وسيلة الالتزام بالارادة ، هو مسلك كل من القانون السويسرى والقانون الايطالى ، والقانون المصرى الحالى كما سبقت الاشارة •

الارادية ، يقتضى تحديد التصوير الصحيح للعقد الذى يسمح بالقول بضرورته فى أغلب صور التعامل ، مع رد الالتزامات الارادية التى تنشأ به الى الارادة نفسها لا الى الارتباط بين الارادتين .

والفقه التقليدى ينظر الى العقد ككائن قانونى واحد مهما كان عدد الارادات الداخلة فى تكوينه ، كائن ينشأ من امتزاج الارادات المكونة له ، امتزاجا ينشأ عنه كائن جديد يختلف عن كل ارادة على حدتها(١) ، وهذا وضح فى ردهم الالتزامات الارادية الى العقد نفسه ، لا الى ارادات أطرافه ، كما يبدو بحثهم فى كل عقد عن محل أو سبب واحد له ، وفى محاولتهم تحديد أركان العقد وعناصره ككائن قانونى واحد ، وقد كان هذا التصور سببا فى مصاعب كثيرة فى تحديد ودراسة هذه الاركان والعناصر ، حدا بالفقه الحديث ونصوص التشريع الى اعتبار المحل والسبب من أركان الالتزام لا من أركان العقد كما ذكرنا فى دراستها ، ولما تبين عدم صحة هذا الاتجاه بدأ الفقه فى اعتبارهما عنصرين فى الارادة التى تتجه الى احداث أثر قانونى ، أى فى التصرف القانونى باعتباره الارادة المنفردة(٢) .

أما أنصار الارادة المنفردة ، فيبقون للارادة ذاتيتها ولو دخلت فى تركيب عقد ، وينسبون الى هذه الارادة ما ينسبه الفقه التقليدى من آثار الى العقد نفسه ، فهم يقولون أن « الاثر الملزم للعقد ليس شيئا آخر غير الاثر الملزم للارادتين اللتين يقوم عليهما العقد ، فالمتعهد ان

---

(١) انظر قول Chabas فى رسالته عن التعبير عن الارادة سنة ١٩٣١ ، ان القانون المدنى ينظر الى العقد كمزيج من تعبيرين عن الارادة la fusion de deux déclarations de la volonté وانظر الاشارة الى اقوال مشابهة لديجى وهوريو ، فى مؤلفنا عن البطلان ، فقرة ١١ .

(٢) انظر فى الموضوع مقالتنا السابق الاشارة اليها عن طبيعة المحل والسبب فى التصرف القانونى ، ومؤلفنا عن البطلان فقرة ١٢ وما بعدها .

لم يستطع أن يلتزم التزاما صحيحا فى دائرة قدرته هو ، لا يستطيع أن يلتزم بتعبير موجه الى شخص آخر ، لان هذا لا يملك أن يقرر أمرا فى غير دائرة قدرته هو ، فخاصة الالزام فى العقد تسبقها منطقيا خاصة الالزام فى التعهد (أى الارادة المنفردة)(١) » . ومعنى هذا أن أنصار الارادة المنفردة يذهبون الى أن عدم التسليم بامكان الزام الشخص لنفسه يقتضى القول بأنه لا يستطيع أن يلزم غيره . ويترتب على هذا النظر أن كل عقد يمكن قسمته « فى رأيهم » الى قسمين ، تعهد الموجب وتعهد القابل ، ويكون لكل من هذين التعهدين شروطه الخاصة ، الرضاء والمحل والسبب ، فيصبح العقد فى نظر أنصار الارادة المنفردة حزمة من تعبيرين عن ارادتين فرديتين(٢) ، ولكنهم بهذا لا يستغنون عن الارتباط بين ارادتى العاقدين ، بل يجدونه لازما ، لا لايجاد الآثار القانونية بل لالزام المتعهد بها .

والواقع أن العقد ليس مجرد ارادتين متعاصرتين ، أى ليس مجرد تصرفين قانونيين متجاورين ، بل يوجد بين هذين التصرفين اتصال وثيق ناتج عن وجود تساند بين الآثار القانونية المقصودة من طرف العقد ، هذا الاتصال بين الآثار يقتضى وجود رابطة بين الارادتين اللتين تتجهان الى تحقيقها ، ويمكن أن نعتمد فى ابراز هذه الرابطة بين تصرفى طرفى العقد (ارادتيهما) ، على تحليل الفقيه الفرنسى الكبير ديجى لارادة المقدم على التعاقد ، فهو يرى أن هذه الارادة تنطوى على أمرين : الاول : ارادة التعاقد ، والثانى : ارادة القيام بدور معين فى العقد . وارادة القيام بدور معين فى العقد هى ارادة تحقيق نتائج قانونية معينة ، أما ارادة التعاقد فالمقصود بها سعى المتعاقد الى ترتيب الآثار أو النتائج القانونية ، فى اطار علاقة اتفاقية مع شخص آخر ، فهى تعنى توقف التزامه بالآثار التى يرغب فى تحملها على الاتفاق بينه وبين هذا الشخص الآخر ، فارادة التعاقد هى رغبة

---

(١) عبارة الفقيه الالمانى جاكوبى ، نقلا عن ديموج ج ١ فقرة ١٨ .

(٢) ورمز ، مؤلفه عن الارادة المنفردة ، ص ١٨٦ وما بعدها .

المتعاقد فى ربط ارادته بارادة أخـرى ، أمـا ارادة الاثر فهى ارادة الالتزام ، وهى التى يترتب عليها نشوء هذا الالتزام(١) ٠

والارتباط الذى يقـوم بين التصرفين المكونين للعقد ، لا يعنى زوال ذاتية كل تصرف منهما ، بل تظل ارادة كل من العاقدين قائمـة بذاتها ، بمعنى أن آثار كل منهما تظل معزوة اليها لا الى الارتباط بين الارادتين ، فتكون الارادة هى مصدر الآثار ، ولا يمكن الاعتراض على هذا التصوير بأنه يعنى تفكك العقد وانفصال التزامات طرفيه ، فالغرض الذى تهدف اليه ارادة كل من العاقدين يصل هاتين الارادتين ويربط بين آثارهما ٠

ولكن ارجاع آثار العقد الى الارادات المكونة له يقتضى عنـدئذ تحديد دور الارتباط بين هذه الارادات ، أى بيان وظيفة العقد بجانب وظيفة كل من ارادتى العاقدين ٠ والواقع أن وظيفة العقد تظل مـع القول بأن الآثار منشأها الارادة ، وظيفة هامة وأساسية ، فابرام العقد يترتب عليـه لزوم الآثار التى رتبها العـاقدان على نفسيهمـا بارادتهما ، فلا يحق لاى منهما بعد تمام الارتباط بين ارادته وارادة المتعاقد الآخر ، أن يرجع عما أعلن قبوله من ارتباط ، أى لا يستطيع أن يلغى ما أعلن قصده الى الالتزام به ، من آثار قانونية ، باصدار تعبير لاحق للعقد ، عن ارادة جديدة تتجه الى التحلل من الالتزام بهذه الآثار ٠ والاثار التى يعلن المتعاقد أنه يتحمل بها تكون غـير لازمة ، أى يحق له أن يعدل عن الالتزام بها ، حتى ينعقد العقد ، فتصبح بانعقاده لازمة لا يمكنه التخلص منها الا فى الاحوال وبالشروط التى يسمح فيها القانون بذلك(٢) ٠

ولزوم الآثار القانونية بمعنى عدم جواز الرجوع فيهـا ، هو معنى الالتزام القانونى ، وهذا اللزوم يتحقق بالعقد ، ولكن مصدر

---

(١) ديجى ، القانون الدستورى ، فقرة ٣٨ وشاباس ، مـؤلفه السابق ، ص ١٥٧ ٠

(٢) انظر ما سبق ، فقـرة ٥٧ ٠

هذه الآثار يظل ، بالنسبة لكل متعاقد ، ارادته الخاصة ، ويمكن أن نفهم الفرق بين نشوء الآثار ولزومها فى ضوء تحليل الالتزام الى مديونية ومسئولية ، والمديونية هى مضمون الواجب الذى يتحمل به الملتزم ، والمسئولية هى عنصر الاجبار الذى يضفى على الوجوب وصفه القانونى فيجعله التزاما ، فمديونية كل متعاقد تنشأ بارادته أما المسئولية فلا توجد الا منذ ارتباط ارادته بارادة العاقد الآخر .

وقد يقال أن المعنى القانونى للالتزام لا يتحقق الا بعنصر المسئولية فيه ، واذا كانت « المسئولية » مصدرها العقد ، فالعقد اذن هو مصدر الالتزام . ولكن يرد على ذلك بأن توقف توافر عنصر المسئولية فى الآثار المقصودة بارادة المتعاقد (وتحولها بذلك الى التزامات قانونية) على تمام العقد ، أساسه ارادة المتعاقد نفسه ، أى اتجاهه الى الالتزام بما يرتب على نفسه من واجبات فى اطار رابطة عقدية بينه وبين شخص آخر (ارادة التعاقد) ، وهو ما يعنى أنه يعد نفسه غير ملتزم بهذه الواجبات التزاما نهائيا ، قبل قيام هذه الرابطة . فدور العقد فى تحقيق لزوم الآثار الناشئة عن الارادة يتقرر فى ارادة كل متعاقد ، وهو ما يعنى أن التصرف القانونى ، باعتباره الارادة الواحدة ، هو نفسه أساس اعتبار العقد سبب لزوم الآثار المقصودة من طرفيه .

فتوقف تحقق لزوم آثار الارادة المنفردة للمتعاقد ، على ابرام العقد ، يرجع الى ارادة هذا المتعاقد ونيته ، وطبيعة المعاملة قد تفرض بذاتها هذه النية ، فابتغاء الحصول على المقابل فى المعاوضات، وقصد تحقيق صلة معينة فى التبرعات ، يدلان على أن صاحب الارادة لا يلتزم التزاما نهائيا لا رجوع فيه ، الا اذا دخل فى رابطة عقدية مع من يلتزم له بالمقابل ، أو مع المتبرع له الذى يهدف الى تحقيق الصلة المعينة به(١) .

---

(١) وهذه النية تظهر من مجرد التعبير عن الارادة الموجه الى =

ويترتب على ذلك . من الناحية الاخرى . أنه فى كل حال يتبين فيها أن المعبر عن ارادته قد اتجه الى الالتزام التزاما نهائيا ، دون توقف على قبول أو رضاء شخص آخر ، فان الالتــزام بعنصريه ، المديونية ، والمسئولية ، ينشــأ من ذات الارادة المنفــردة (التصرف القانونى) ، كما هى الحال فى التزام الموجب بايجابه لفترة معينة . دون توقف هذا الالتزام على قبول الموجب له ، وقد يبــدو قصــد الموجب صريحا فى تعبيره عن ارادته اذا حدد لمن يوجه اليه ايجابه مهلة للقبول ، وقد تفترض لديه نيــة الالتزام بالايجاب طول المــدة التى تتحدد وفقا لظروف الحال أو طبيعة المعاملة ، كما رأينا فى الكلام عن لزوم الايجــاب الموجــه الى غائب[1] ؛ وكما هى الحــال فى انشــاء المؤسسات الخاصــة (المــادة ٧٠ من قانون الجمعيــات والمؤسسات الخاصة) .

٩٥ ـ أحوال الالتزام بالارادة المنفردة :

ويلاحظ أن الاحوال التى يظهر فيها قصد المتعهد الى الالتزام نهائيا دون توقف على قبول تعهده من شخص آخر ، والتى يقــوم الالتزام فيها بالارادة المنفردة ، تصل فى القلة الى حد الندرة بالنسبة للاحوال التى يلزم فيهــا العقد لتحقق الالتــزام ، ويمكن أن نحصر حالات الالتزام بالارادة المنفردة . فيما يأتى :

١ ـ التزام الموجب البقاء على ايجابة المدة التى يحددها ، أو التى تحددها ظروف الحال أو طبيعة المعاملة (المــادة ٩٣ مدنى) .

٢ ـ انشاء المؤسسة الخاصة . ويكون التعبير عن الارادة عندئذ فى الشكل الرسمى ، ولكن انشاء المؤسسة لا يكون لازما ، فيظل

= شخص معين ، كما تتحدد من الوضع الاقتصادى للعملية القانونية المراد اتمامها ، فمن يعرض « البيع » لا يلتزم نهائيا الا اذا اتفق مع « مشتر » يقبل دفع الثمن الذى يطلبه .

(١) ما سبق ، ص ٣٠٦ .

لمنشئها أن يرجع فيها ، حتى يتم شهرها وفقا لقواعد شهر المؤسسات الخاصة(١) .

٣ ــ الوقف ، وهو حبس العين عن أن تكون مملوكة لاحد ، وجعلها على حكم ملك الله وتخصيص ريعها لجهة من جهات البر ، وهو تصرف يتم بارادة الواقف وحدها ، وفقا لاحكام الشريعة الاسلامية .

٤ ــ الوصية ، وهى تصرف من شخص فى مال من أمواله أو جزء من ذمته ، الى شخص آخر يستحقه بعد وفاة الموصى ، وهى تتم بالارادة المنفردة للموصى ، ولكنها لا تكون لازمة الا بوفاة الموصى ، فيجوز له أن يرجع فيها حتى هذه الوفاة(٢) .

٥ ــ الحال التى نص القانون عليها كتطبيق للالتزام بالارادة المنفردة فى المادة ١٦٢ مدنى ، وهى حال الوعد بجائزة ، ونتناول أحكامها كما يحددها القانون ، فيما يلى :

٩٦ ــ الوعد بجائزة :

تنص على أحكام الوعد بجائزة فى القانون المصرى ، المادة ١٦٢ من القانون المدنى ، وهى تقضى بأن :

١ ــ من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين ، التزم باعطاء الجائزة لمن قام بذا العمل ، ولو قام به دون نظر الى الوعد بالجائزة أو دون علم بها .

---

(١) انظر مؤلفنا عن أصول القانون ، فقرة ١٢٢ ، ص ٤٠٥ و ص ٤٠٦ ، ويلاحظ ان انشاء المؤسسة جائز بوصية ، وهذه لا تكون لازمة الا بوفاة الموصى .

(٢) والابراء من الدين يتم كذلك بالارادة المنفردة ، ولكنه سبب لانقضاء الالتزام لا لانشائه .

٢ — واذا لم يعين الواعد أجلا للقيام بالعمل ، جاز له الرجوع فى وعده باعلان للجمهور ، على ألا يؤثر ذلك فى حق من أتم العمل قبل الرجوع فى الوعد • وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة اذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ اعلانه العدول للجمهور •

والوعد بجائزة الموجه للجمهور ، يمكن أن تكون له فى العمل صور كثيرة ، فمن يفقد شيئا عزيزا لديه أو ذا أهمية خاصة ، يمكنه أن يحث الناس على البحث عنه عن طريق الاعلان عن جائزة لمن يعثر عليه ، كذا يمكن أن يتخذ الوعد بالجائزة وسيلة لتشجيع ناحية معينة من نواحى البحث العلمى أو الانتاج الفنى بالاعلان عن جائزة لمن ينجز أعمالا معينة فيها ، وغير ذلك من الامثلة(١) •

ووفقا لنص المادة ١٦٢ مدنى ، وتطبيقا للقواعد العامة للتصرف القانونى ، يلزم لقيام الوعد بجائزة ما يأتى :

(أ) أن يصدر تعبير بات من شخص ، مضمونه الوعد بجائزة لمن يقوم بعمل معين ، وهذا التعبير تحكمه القواعد العامة للتعبير عن الارادة ، ويجب أن تتوافر فيه شروط التصرف القانونى كما عرضناها من قبل (سلامة الارادة ومشروعيتها) •

---

(١) ونحن لا نعتبر الوعد بجائزة صورة قائمة بذاتها للالتزام بالارادة المنفردة فى كلامنا عن طبيعته فيما يلى ، كما يظهر اننا نحصر الالتزام بالارادة المنفردة فى صور اقل من تلك التى يرد الالتزام فيها الى الارادة المنفردة ، فى نقه بعض من يعارضون فكرة الارادة المنفردة ، فلم نجعل من صورها التزام المتعهد للمنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير ، او التزام المتعهد فى السند لحامله ، كما يذهب بعض الفقه ، انظر مارتى ورينو ، فقرة ٣١٦ •

ويذهب البعض الى اعتبار تعهد حائز العقار بوفاء الديون المضمونة برهون فى حدود قيمة العقار ، فى عرضه التطهير على أصحاب هذه الديون ، وفقا للمادة ١٠٦٦ مدنى ، التزاما بالارادة المنفردة ، انظر اسماعيل غانم ، فقرة ٢٠٨ •

(ب) أن يكون الوعد موجها الى الجمهور ، أى الى أشخاص غير معينين بذواتهم[1] ، فان كان موجها الى أشخاص معينين بذواتهم كان ايجابا عاديا تسرى عليه القواعد التى تحكم الايجاب والتى سبقت دراستهـا •

(جـ) أن يوجه الوعد الى الجمهور علنا ، أى بوسيلة من وسائل الاعلام ، كالصحافة والاذاعـة ، أو بالنشرات أو المناداة فى الاماكن العامة ، بحيث يصل الى عدد كبير من الناس •

(د) أن تكون هناك جائزة يوعد بهـا من يقوم بعمل معـين ، والجائزة قد تكون ذات قيمة مالية (نقودا أو ميزات عينية أو تيسيرات معينة) ، وقد تكون ذات قيمة أدبية كشهادة تقدير أو رمز للتفـوق (مدالية أو كأس) ، والعمل الذى يطلب القيـام به يجب أن يكون محددا ، ولو بصورة عامة ، فقد تكون الجائزة لمن يكتشف علاجـا لمرض محدد ، أو لمن يصل الى اكتشاف علاج لأى مرض مستعص دون تحديد هذا المرض[2] •

ولا يلزم أن تحدد للوعد مدة معينة ، فقد يقترن الوعد بمـدة يقوم فيها التزام الواعد بالجائزة ، وقد يكون وعده غير مقترن بأيـة مدة ، أى وعدا غير محدد المدة •

ويترتب على قيام الوعد ، بتوافر الشروط السابقة ، الاحكام التاليـة :

(أ) اذا حددت للوعد مدة ، لا يكون للواعد أن يرجع عمـا وعد به ، بل يظل الوعد بالجائزة قائما طوال المدة المحددة ، ويكون

---

(١) ويمكن ان يخصص الجمهور الذى يوجه اليه الوعد بصـفات معينة ، كأن يكون الوعد للمهندسين او الاطباء او المحامين •

(٢) ولا يعتبر وعدا بجائزة ، وفقا لنص المـادة ١٦٢ ، التعهـد بميزة معينة لمن يكون فى مركز معين دون ان يؤدى عمـلا ، كمن يولد فى يوم معـين او من يبلغ سنا معينة فى هـذا اليوم ، اسماعيل غانم ، فقـرة ٢١٠ •

لكل من يقوم بالعمل خلالها أن يطالب بحقه فيها ، فاذا انقضت المدة المحددة ، سقط التزام الواعد بالجائزة ، ولم يكن لمن يؤدى العمل المطلوب بعد انقضائها ، أن يطالب بالجائزة على أساس الوعد(١) •

وللواعد أن يضع من الشروط فى اعلانه عن الجائزة ، ما يغير به الاحكام السابقة فقد يشترط لاستحقاق الجائزة التقدم لطلبها قبل انتهاء المدة المحددة ، لا مجرد القيام بالعمل أثناءها ، كما قد يضع شروطا للتفضيل بين من يقومون بالعمل اذا كان قابلا لان يقوم به عدة أشخاص فى نفس الوقت ، كما هى الحال فى مسابقات الاعمال الفنية أو العلمية •

واذا قام شخص بالعمل المطلوب خلال الاجل المحدد للوعد ، فانه يستحق الجائزة « ولو قام به دون نظر الى الجائزة أو دون علم بها » كما يقول نص المادة ١٦٢ فى فقرتها الاولى(٢) •

(ب) اذا لم يحدد الواعد مدة للقيام بالعمل الذى يعد بالجائزة لمن يقوم به ، فانه لا يكون ملزما بوعده ، أى لا يكون وعده لازما ، فيستطيع أن يرجع عن هذا الوعد فى أى وقت يريد ، على أن يعلن رجوعه للجمهور كما أعلن الوعد ، أى بنفس طريقة العلانية التى اتبعها فى توجيه الوعد للجمهور •

على أنه اذا كان هناك من قام بالعمل قبل اعلان الرجوع عن الوعد ، فانه يستحق الجائزة الموعود بها ، ولو كان قام بالعمل دون نظر الى الوعد بالجائزة أو دون علم بها ، أو حتى قبل الاعلان عن الجائزة • ولكن يجب فى هذه الحال ، كما تقضى المادة ١٦٢/٢ ،

---

(١) وان كان له أن يطلب تعويضا عن خسارته فى قيامه بالعمل ، اذا كان افاد الواعد ، على اساس الاثراء بلا سبب ، أن توافرت شروطه ،

(٢) بل يستحق الجائزة ولو كان قد قام بالعمل قبل الاعلان عن الجائزة — مجموعة الاعمال التحضيرية ج ٢ ص ٣٤٤ وما بعدها ، السنهورى ، الوسيط ، فقرة ٩١٤ •

أن ترفع دعوى المطالبة بالجائزة خلال ستة أشهر من تاريخ اعلان الرجوع عن الوعد بها ، والا سقط الحق فى طلب الجائزة . وهذه المدة مدة سقوط(١) ، وقد حرص النص على بيان ذلك فى قوله بأن دعوى المطالبة تسقط اذا لم ترفع خلال ستة أشهر ، وينبنى على اعتبارها مدة سقوط ألا تسرى عليها قواعد الانقطاع والوقف التى تسرى على التقادم .

واذا كان أحد الاشخاص قد بدأ فى العمل المطلوب ، وأعد لذلك ما يلزمه ، وتحمل نفقات فى هذا السبيل ، ثم رجع الواعد عن وعده قبل أن يتم هذا العمل ، فرغم أنه لا يحق له ، بحكم النص ، أن يطالب بالجائزة المخصصة لاتمام هذا العمل ، يذهب الفقه الى أنه يستطيع أن يطالب الواعد بتعويض عادل عما أصابه من ضرر (لا يجاوز قيمة الجائزة) ، على أساس المسئولية التقصيرية(٢) .

ولكن هل يعنى عدم تحديد مدة للقيام بالعمل المطلوب ، أن يظل الواعد ملتزما بوعده بالجائزة الى غير حد ، اذا لم يباشر حقه فى الرجوع عن الوعد ؟ يرى الفقه أن التزام الواعد بالجائزة لا يظل قائما الا للمدة المعقولة وهى المدة التى يبقى فيها العمل المطلوب مجديا ، ومحققا لقصد الواعد ، بحيث يستحق من قام به ، الجائزة الموعود بها ، فان أتم شخص ما ، العمل المطلوب خلال هذه المدة ، كان له حق طلب الجائزة ، فان لم يقم به أحد ، سقط التزام الواعد بعد انقضاء هذه المدة .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، جـ ٢ ص ٣٤٧ .

(٢) وتتقادم مطالبته بالتعويض عندئذ وفقا لقواعد تقادم دعوى المسئولية التقصيرية ، السنهورى ، الوسيط ، فقرة ٩١٥ . ويلاحظ البعض ، بحق ، أن الرجوع فى ذاته ، ما دام حقا للواعد ، لا يعد خطأ ، ولذا يجب أن يثبت تعسف الواعد فى استعمال هذا الحق ، اسماعيل غانم ، فقرة ٢١١ .

طبيعة الوعد بجائزة :

أغلب الفقه فى فرنسا ومصر يعتبر الالتزام بالوعد بجائزة ، التزاما بالارادة المنفردة ، والقانون المصرى واضح فى ذلك ، فنص المادة ١٦٢ مدنى هو النص الوحيد الذى ورد تحت عنوان « الارادة المنفردة » كمصدر للالتزام •

وقد لاحظنا فى كلامنا عن أحكام الوعد بجائزة ، أن هذا الوعد لا يكون ملزما الزاما نهائيا ، أى لا يقبل أن يرجع الواعد فيه ، الا اذا اقترن هذا الوعد بتحديد أجل للقيام بالعمل ، فيكون ملزما طوال هذا الاجل ، كما أن التزام الواعد بالجائزة لمن يقوم بالعمل ، لا يتوقف على نظر هذا الشخص الى الجائزة أو حتى علمه بها •

ولا شك أن الالتزام بالوعد فى هذه الحال التزام بالارادة المنفردة، ولكنه أقرب الى أن يكون صورة من صور الايجاب الملزم المقترن بأجل، صريح ، فهو يسقط بمجرد انقضاء هذا الاجل ، ولكنه ايجاب موجه للجمهور ، أى الى غير شخص معين • وتحليل ذهنية الواعد لابد أن يكشف عن أنه يتوقع من اعلان الوعد للجمهور ، أن يكون حافزا لمن يقوم بالعمل على القيام به ، وهو بهذا يقصد الى الالتزام بالجائزة للشخص الذى يقوم بالعمل عالما بالوعد وناظرا الى الجائزة ، ولكن الواعد لا يقصد الى أن يدخل فى رابطة عقدية مع من يقبل الوعد ، موضوعها العمل المطلوب ، وانما هو يستلزم أن يقوم شخص بالعمل تاما محققا لقصده ، ليلتزم له بالجائزة ، فالوعد بالجائزة ليس مجرد ايجاب يكفى قبوله لابرام عقد ، فقبول الوعد ليس له أى أثر ، والجوهرى هو اتمام العمل المطلوب ، ولذا يعتبر اتمام العمل (فى المواعيد المحددة) الشرط اللازم لاستحقاق الجائزة ومن هنا نفهم نص

القانون على استحقاق من يقوم بالعمل للجائزة ، ولو قام به غير ناظر الى الجائزة أو غير عالم بالوعد(١) .

أما فى الصورة الاخرى للوعد بجائزة ، أى تلك التى لا يقترن الوعد فيها بتحديد مدة للقيام بالعمل ، فحق رجوع الواعد عن وعده، كمارأينا ، مكفول ، والتزامه ، لذلك ، ليس نهائيا ، ولكنه يظل قائما ما لم يرجع الواعد فيه باعلان مشابه لاعلان الوعد ، ولذا فان القيام بالعمل قبل الرجوع ، يتحقق به التزام الواعد بالجائزة ، ولو كان من قام بالعمل ، كما هى الحال فى الصورة السابقة ، غير ناظر الى الجائزة أو غير عالم بها(٢) .

---

(١) وفى القانون السويسرى لا يعتبر الوعد بجائزة من تطبيقات الارادة المنفردة ، بل يعتبر ايجابا معلقا على شرط ، هو اتمام العمل . انظر الاشارة الى رأى الفقيه السويسرى فون تور ، فى مقال احمد زكى الشيتى عن تكوين العقد فى القانون المصرى ، مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٩ ص ٤٢ هامش ٦٩ .

(٢) ما لم يشترط الواعد لاستحقاق الجائزة غير ذلك .

الباب الثاني

الفعـــل الضـــار

أو

(العمل غير المشروع ـ المسئولية المدنية)

٩٧ ـ تمهيد وتقسيم :

اذا سبب سلوك شخص من الاشخاص ضررا لآخر ، فى مالــه أو فى نفسه ، يثور التساؤل عن حق المضرور فى الرجوع على محدث الضرر لتعويضه عن هذا الضرر ، فان كان القانون يجعل له هـــذا الحق ، فان محدث الضرر يكون مسئولا عن هذا التعويض ، وينشأ التزامه به فى صورة هذه المسئولية ، ومن هنا تسمية نظام الزام من يصدر منه الفعل الضار بتعويض الضرر النـــاشى عن فعله ، نظـــام المسئولية المدنية(١) ، وهى مسئولية عن جبـــر الضرر الذى يحـــدث للغير ، أى عن مجرد ازالة أثر الفعل الضار ، دون أن تهـــدف الى عقاب مرتكب هذا الفعل ، ولذا فهى مسئولية مدنية(٢) ، لا جنائية .

وواضح أن هذا التساؤل عن حق المضرور فى الرجوع على من ينسب اليه الفعل الضار ، هو تساؤل عن حقه فى الرجوع عليه استنادا الى القانون ، أى بقصد الزامه بما يعتبر جزاء قانونيا لفعله ، أى الزامه بتعويض مادى للضرر ، لا لمجرد اثبات خطئه ومسئوليته أدبيا أو خلقيا عما ترتب على هذا الفعل من ضرر ، فالمسئولية التى تترتب على الفعل الضار ، والتى ينشأ منهـــا الالتزام بالتعـــويض ، هى المسئولية القانونية ، وليست المسئولية الخلقية أو الادبية .

---

(١) responsabilité civile

(٢) والمسئولية عن التعويض تترتب على عاتق من يقع منه الفعـــل الضـــار ، فمصدر الالتزام بالتعويض هو الفعل الضار ، والمسئولية المدنية تعبير آخر عن الالتزام بالتعويض ، فالمسئولية المدنية ليست مصدر الالتزام بالتعويض ولكنها تعبير عن هذا الالتزام نفسه ، ومصدره الفعل الضار .

وكل القوانين الحديثة(١) ترتب الالتزام بالتعويض على السلوك الضار بالغير ، أى تجعل الفعل الضار مصدرا للمسئولية المدنية أى مصدرا للالتزام بالتعويض ، وتؤسس أغلب صور هذه المسئولية على فكرة الخطأ ، خطأ المسئول أو تقصيره ، وان كانت هذه القوانين الحديثة تقرر المسئولية عن تعويض الضرر ، فى بعض الصور ، دون تعويل كبير على فكرة الخطأ أو التقصير ، كما أن بعض الفقه ينادى بالاستغناء عن فكرة الخطأ كأساس للمسئولية ، ليحل محلها أفكارا أخرى كفكرة الخطر أو الضرر ، على اعتبار أن هذه الفكرة الجديدة أكثر كفالة لتأمين الناس من الأضرار التى قد تلحق بهم مع انتشار الآلية الحديثة وما تخلق من مخاطر .

ومن ناحية أخرى ، فالمسئولية قد تنشأ على عاتق شخص بسبب ما صدر منه هو نفسه من أفعال أحدثت الضرر للغير ، وهى قد تنشأ أيضا على عاتق الشخص ، نتيجة للاضرار التى تحدث من فعل أشخاص آخرين يخضعون لرقابته أو يعملون لديه ، كما ترتب المسئولية على حدوث الاضرار من حيوانات أو أشياء أخرى يتولى حراستها . أى أن المسئولية قد تكون عن فعل المسئول نفسه ، أو عن فعل غيره ، أو عن الاضرار التى تحدث من الاشياء التى تكون فى حراسته ، ولكل صورة من هذه الصور شروط خاصة لقيام المسئولية فيها ، مع ملاحظة أن صورة مسئولية الشخص عن فعل نفسه تعتبر الصورة الاصلية للمسئولية ، والاحكام التى تخضع لها تعتبر القواعد العامة للمسئولية عى تعويض الضرر الحادث للغير .

والقانون المدنى المصرى ، ينظم الالتزام بالتعويض عن الفعل الضار ، على أساس المسئولية ، فى المواد من ١٦٣ الى ١٧٨ ، مطلقا

---

(١) على خلاف ما كانت عليه الحال فى القوانين القديمة ، كالقانون الرومانى ، حيث كان نطاق المسئولية المدنية عن تعويض الضرر الحادث للغير محصورا فى حدود ضيقة ، كما سنرى فى اشارتنا الى تطور نظام المسئولية فيما بعد .

على مصدر الالتزام بالتعويض تسمية العمل غير المشروع ، وقد خصص المواد من ١٦٣ الى ١٧٢ لتنظيم المسئولية عى « الاعمال الشخصية » ، أى مسئولية الشخص عن فعل نفسه ، ثم بين فى المواد من ١٧٣ الى ١٧٥ أحكام مسئولية الشخص عن « عمل الغير » وفى المواد من ١٧٦ الى ١٧٨ نظم المسئولية الناشئة عن ضرر الاشياء ، سواء أكانت حيوانات أو جمادات .

ويلاحظ أن المسئولية (المدنية) عن تعويض ما يحدث للغير من ضرر ، قد تنشأ بين أشخاص تربطهم علاقة تعاقدية ، اذا أخل أحدهم بالتزامه التعاقدى ، وترتب على هذا الاخلال ضرر للمتعاقد الآخر ، ونظرا الى أن المسئولية تقوم بين المتعاقدين ، فيما يتصل بموضوع العقد ، فانها توصف عندئذ بأنها مسئولية عقدية ، ولكن المسئولية تنشأ أيضا بين أشخاص لا تربطهم أية علاقات عقدية ، وتوصف ، تمييزا لها عن المسئولية التى تقوم بين العاقدين ، بأنها مسئولية لا عقدية أو مسئولية تقصيرية(١) . والفقه يجرى على قسمة المسئولية المدنية الى عقدية ولا عقدية ، ويذهب بعض الفقه الى أن المسئوليتين تختلفان اختلافا يمتد الى طبيعتهما فى حين يذهب البعض الآخر الى أن خلاف المسئولية العقدية والمسئولية غير العقدية ، ليس الا خلافا فى تنظيم كل منهما ، أى ليس الا خلافا فى بعض الاحكام ، مع بقائهما صورتين لمسئولية من طبيعة واحدة ، هى المسئولية المدنية .

---

(١) تسمية المسئولية غير العقدية ، مسئولية تقصيرية ، ترجمة لتسميتها بالفرنسية responsabilité délictuelle
والتسمية العربية غير دقيقة ، فالتقصير هو الخطا ، والمسئولية العقدية كالمسئولية غير العقدية اساسها الخطا ، ولذا يجب النظر الى وصف المسئولية غير العقدية ، بالتقصيرية ، على انه تسمية اصطلاحية تستمد قيمتها من ذيوعها اكثر مما تستمدها من دقتها .

ودراستنا للفعل الضار كمصـدر للالتزام ، تتناول المسئوليـة المدنية[1] فى كل صورها السابقة ، فنتعرض لبيان القواعد التى تحكم المسئولية عن الافعال الشخصية ، ثم نتكلم بعـد ذلك عن أحـكام المسئولية عن فعل الغير وعن تعويض الضرر الحادث من الاشياء • ولكن قبل ذلك لابد أن نمهد لدراسـة أحكام المسئولية ببعض أفكار عامة عن تحديد معنى المسئولية المدنية وما تتميز به عن كل من المسئوليـة الخلقية والجنائية ، وأن نتعرض للتمييز ، فى نطاق المسئولية المدنية، بين المسئولية العقدية والمسئولية غير العقدية (التقصيرية) ، وما يمكن أن يرتبط بذلك من الاحكام ، وأن نشير أخيرا الى تطور فكرة المسئولية والنظريات التى تتصل بها •

وعلى ذلك تكون دراستنا للمسئولية فى ثلاثة فصول :

فصل تمهيدى : معنى المسئولية وتطور أحكامها •

الفصل الاول : المسئولية عن الفعل الشخصى •

الفصل الثانى : المسئولية عن فعل الغير وضرر الاشياء •

---

(١) وقد سبق عرض القواعد الخاصة للمسئولية العقدية فى دراسة العقـــد •

الفصـــل التمهيـــدى

معنى المسئوليـــة وتطورهـــا

٩٨ ــ معنى المسئولية المدنية ، وتمييزها عن غيرها :

المسئولية المدنية صورة من المسئولية القانونية ، مضمونها التزام المسئول بتعويض الاضرار الحادثة للغير ، فهى مسئوليـــة قانونية ، لانها ترتب أثرا قانونيا محددا هو الالزام بالتعويض ، الذى يكفـــل تنفيذه بالجزاءات القانونية(١) ، وهى مسئولية مدنية لانها تهدف الى رفع الضرر الذى يحدث للغير ، عن طريق ازالته أو اصلاحه أو منح مبلغ من المـــال تعويضا عنه .

---

(١) والمسئولية غير القانونية هى تلك التى تنشأ وفقا لقواعد اخرى غير قواعد القانون ، كالمسئوليـــة التى تترتب على مخالفـــة اوامر الدين او قواعد الاخلاق أو العادات الاجتماعية ، وهى مسئولية لا يترتب عليها تطبيق اى جزاء قانونى ، من الالزام بالتعويض او غيره ، على المسئول، فمن « يدعو » بالشر على الغير يأثم ديانة وخلقا ، وتكون مسئوليته دينية وخلقية ، لا تؤدى الى تطبيق جزاء قانونى عليه ، اذ يقتصر الجزاء فيها على الجزاء الدينى أو الخلقى ، ومن لا يرتدى ملابس الحداد عند وفاة قريب له ، يخالف عادة اجتماعية ، ولكنه لا يجازى على ذلك باى جزاء وضعى ، لأن مسئوليته عن مخالفة هذه العادة ليست مسئولية قانونية . ومن ناحية اخرى ، فقيام المسئولية الدينية او الخلقيـــة او الاجتماعيـــة لا يحتاج الى حدوث ضرر لشخص ما ، فالمسئولية تنشأ من مجرد الخروج على أوامر الدين او الاخلاق او العادات الاجتماعية ولو لم يترتب على ذلك ضرر للغير ، على خلاف الحال فى المسئولية القانونية ، وخصوصا المدنية التى لا تنشأ الا بقصد اصـــلاح الضرر الحـــادث للغـــير او تعويضـــه ، ولا يتصور قيامها ان لم يكن هناك ضرر .

ويذهب مارتى ورينو (جـ ٢ فقرة ٣٥٧) الى ان المسئولية الخلقيـــة تقوم اساسا على فكرة الخطأ ، أما المسئولية المدنية ، فتؤخذ فى الاعتبار عند تقريرها أو تحديد احكامها ، افكار أخرى كالضمان او التأمين او توزيع المخاطـــر .

وللمسئولية القانونية صور أخرى ، تختلف أهدافها عن أهداف المسئولية المدنية ، فهناك المسئولية السياسية التى تنشأ على عاتق احدى السلطات فى مواجهة سلطة أخرى لها عليها حق الرقابة . كمسئولية الحكومة أمام المجالس النيابية ، (المسئولية الوزارية) والتى يتحدد معناها وأثرها فى القانون الدستورى(١) ، وهناك المسئولية الجنائية التى يترتب عليها العقاب على المسئول (مرتكب الجريمة) محافظة على أمن المجتمع . ودراستنا للمسئولية كمظهر للالتزام ، مقصورة على المسئولية المدنية ، ولكن نظرا لان الفعل الواحد قد تترتب عليه مسئولية جنائية ومسئولية مدنية فى نفس الوقت ، فمن اللازم أن نشير الى أهم الفروق بين المسئولية المدنية ، والمسئولية الجنائية .

والمسئولية المدنية لها ، كما سبقت الاشارة ، صورتان ، صورة المسئولية العقدية ، وصورة المسئولية التقصيرية ، وبيان الفروق بين أحكام المسئوليتين ، هو وسيلة تحديد طبيعة الخلاف بينهما ، ولذا نتكلم عن معنى كل من المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية ، بعد الكلام عن مقارنة المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية .

٩٩ — (أ) المسئولية المدنية والمسئولية الجنائية :

المسئولية الجنائية مسئولية تترتب على ارتكاب جريمة من الجرائم ، وتؤدى الى عقاب مرتكب هذه الجريمة ، فهى لا تترتب الا على أفعال محددة هى الجرائم ، والجرائم ، كما هو معروف ، محصورة فى القانون ، وفقا لمبدأ لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على قانون . ومن ناحية أخرى فتحقق هذه المسئولية يؤدى الى توقيع عقوبة على المجرم ، والعقوبة جزاء يهدف الى الايلام والردع لا الى

---

(١) بل يتكلم الفقه عن مسئولية ادارية ايضا (مسئولية عامة) تقوم مستقلة عن المسئولية المدنية .

ازالة أثر الفعل المكون للجريمة أو التعويض عما ترتب عليه من ضرر(١) •

وفى الامرين السابقين تختلف المسئولية المدنية عن المسئولية الجنائية ، فمن ناحية ، ليست الجرائم وحدها هى الافعال المنشئة للمسئولية المدنية (ان ترتب عليها ضرر) ، بل تنشأ المسئولية المدنية عن أى فعل أو واقعة تحدث ضررا للغير ، واذا لا تقوم حاجة الى حصر الافعال الموجبة للتعويض أو تعدادها كما هى الحال فى حصر الجرائم وتعدادها ، بل يكفى أن يوضع لتحديدها معيار أو ضابط عام ، يكون كل ما ينطبق عليه من الافعال ، فعلا منشئا للمسئولية المدنية(٢) • ومن الناحية الاخرى فأثر قيام المسئولية المدنية هو الزام المسئول بتعويض ما يحدث للغير من ضرر نتيجة للفعل الذى ترتبت عليه هذه المسئولية ، وهذا يعنى : أولا : أن قيام المسئولية المدنية يقتضى حدوث ضرر للغير ، وبغير الضرر لا تقوم هذه المسئولية ، أما المسئولية الجنائية فليس حدوث أى ضرر من الفعل المكون للجريمة شرطا لتحققها • ثانيا : أن أثر المسئولية المدنية هو الزام المسئول بازالة الضرر أو التعويض عنه ، دون زيادة أو نقص(٣) ، فمعنى التعويض الذى يلزم به المسئول ، لا يتحقق الا فيما يقصد به رفع الضرر وفى حدود مقدار هذا الضرر ، أما العقوبة فتتحدد طبيعتها أو شدتها فى ضوء خطورة الفعل الذى يعد جريمة ، على المجتمع •

---

(١) ولكن ان ترتب على الفعل المكون للجريمة ضرر خاص لشخص من الاشخاص فان مسئولية مدنية عن التعويض تترتب على هذا الفعل ، بجانب المسئولية الجنائية .

(٢) وهذا فى القوانين الحديثة ، على خلاف ما كانت عليه الحال فى القوانين القديمة كالقانون الرومانى مثلا (وفى بعض القوانين الحديثة ، كالقانون الانجليزى) .

(٣) الا فى الحالات الاستثنائية التى قد يبيح فيها القانون زيادة التعويض أو نقصه عن مقدار الضرر .

وهناك فروق أخرى فى أحكام المسئوليتين الجنائيـــة والمدنيـــة ترتبط بالهدف من تقرير كل منهما : فالمسئوليةالجنائية ، وما تؤدى اليه من عقاب ، تهدف الى منـــع ارتكاب الافعال الخطـــيرة على أمن الجماعة واستقرارها ، أى الى منع ارتكاب الجرائم وكفالة استتباب الامن ؛ فالهدف المبـــاشر من تقرير المسئولية الجنائيـــة هو تحقيق المصلحة العامة ، أما حماية مصالح الافراد فهدف غير مباشر يترتب بالضرورة على تحقيق الامن العام والنظـــام ، ولذلك فان متابعـــة المسئول جنائيا حق للجماعة ؛ وتمثلها فى هذه المتابعة ، النيابة العامة التى تختص برفع الدعاوى الجنائية على المجرمين للمطالبة بعقابهم • ولذلك أيضا فان المجنى عليه فى جريمة من الجرائم لا يحق له أن يصفح عن المجرم بقصد انهاء الدعوى الجنائية المرفوعة ضده بطلب عقابه ، فالدعوى بطلب العقاب ليست حقا فرديا وانما هى حق عام ؛ أى حق للجماعة ، لا يسقط بصفح المجنى عليه أو تصالحه مع الجانى •

أما المسئولية المدنية فالهدف المباشر منها هو تحقيق مصلحـــة الافراد بحمايتهم من الاضرار التى تحدث لهم من أفعال الآخرين ، وتعويضهم عن هذه الاضرار[1] ، ولذا ينشأ عنها حق للشخص المضرور فى المطالبة بالتعويض ، وهو حق خاص يجوز لصاحبه أن ينزل عنـــه أو أن يتصالح عليه ، كما يجوز له ذلك فى الحقوق الخاصة الاخرى •

وحصر الافعال المعتبرة جرائم ، والتى تؤدى الى قيام المسئولية الجنائية ، وكذا عدم ربط قيام هذه المسئولية بضرورة حدوث ضرر للغير ، يؤدى الى اختلاف نطاق كل من المسئوليتين المدنية والجنائية، فهناك جرائم يعاقب مرتكبهـــا دون أن ينتج عن فعله ضرر لاحـــد ، كالتشرد وحمل الســـلاح ، والشروع فى الجـــرائم التى يعاقب على

---

(١) والمصلحة العامة تعتبر هدفا غير مباشر فى هذه الحال ، لان الالتزام بتعويض الغير عن الاضرار ، يحمل الافراد على الحذر فى نشاطهم، فيمنع وقوع الاضرار ، كما انه يحقق العدالة بالتعويض على الاضرار التى تقع فعـــلا .

الشروع فيهـا ، ومجـرد الاتفـاق على ارتكاب بعض الجـرائم . ومخالفات المرور . ولذا لا مجال فيها لغير المسئولية الجنائية ، وهناك أفعال تؤدى الى شغل المسئولية المدنية والزام مرتكبها بالتعويض دون أن تكون جرائم ، ودون أن تؤدى ، بالتالى ، الى نشوء المسئوليـة الجنائية ، كالاهمـال المؤدى الى اتلاف الاشـياء المملوكة للغـير ، والمنافسة غير المشروعة ، أو الاخلال بالتزام ناشىء بمقتضى عقد أو أى مصدر من مصادر الالتزام .

ولكن قد يؤدى الفعل الواحد الى نشوء المسئوليتين معا ، اذا كان هذا الفعل جريمة من الجرائم التى تقع على الغير فتحدث بـه ضررا فى جسمه أو فى مالـه ، كالقتل والضرب والسرقـة والاتلاف العمدى لاملاك الغير أو القذف والسب ، فتقترن المسئولية الجنائيـة التى تؤدى الى توقيع العقاب على المسئول ، بمسئولية مدنية تقتضى تعويض الضرر الذى حدث للمجنى عليه فى نفسه أو فى ماله .

ونشوء المسئوليتين عن ذات الفعل يوجد ارتباطا واقعية بينهما ، يحمل على التساؤل عما اذا كان هذا الارتباط يؤدى الى تأثر أحكام احداهما بأحكام الاخرى . وهذا التساؤل لا يثور الا على أسـاس اختلاف أحكام المسئوليتين ، والواقع أن هناك خـلافا فى الاحـكام بينهما ، والواقع أيضا أن أحكام المسئولية المدنية تتأثر فى هذه الحال، أى حال نشوء المسئوليتين معا عن فعل واحد ، بأحكام المسئوليـة الجنائية ، فتغلب أحكام المسئولية الجنائية ، على اعتبار أنها مسئولية تهدف ، فى المقام الاول ، الى تحقيق المصلحـة العامـة فى حين أن الهدف المباشر للمسئولية المدنية هو حفظ حقوق الافراد .

وأهم ما يظهر فيـه تأثر المسئوليـة المدنيـة ، بالمسئوليـة الجنائية هو :

١ — ان ما يتقرر فى ثبوت المسئولية الجنائية أو عدم ثبوتها ، على أساس نسبة أفعال معينة الى المسئول ، هو الذى يتخذ أساسا

للقول بثبوت المسئولية المدنية على أساس هذه الافعال ، أو عدم ثبوتها ، ولذا فان الحكم الذى يصدر فى الدعوى الجنائية التى ترفع ضد المسئول جنائيا لعقابه ، تكون له حجية أمام القاضى المدنى الذى يرفع اليه طلب التعويض ، بالنسبة لما يفصل فيه الحكم الجنائى من وقوع الفعل من المسئول أو عدم وقوعه ، فلا يستطيع القاضى المدنى أن يحكم بالمسئولية على أساس ثبوت وقائع اذا كان الحكم الجنائى قد نفى وقوعها كما أنه لا يستطيع أن ينفى المسئولية المدنية على أساس عدم ثبوت أفعال قضى الحكم الجنائى بثبوتها • وتنص على حجية الحكم الجنائى أمام القاضى المدنى ، المادة ١٠٢ من قانون الاثبات التى تقضى بأنه « لا يرتبط القاضى المدنى بالحكم الجنائى الا فى الوقائع التى فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضروريا »(١) •

٢ — نتيجة لالتزام المحكمة المدنية ، بالحكم الجنائى ، فان رفع الدعوى الجنائية يؤدى الى وقف الدعوى المدنية التى تكون قد رفعت بطلب التعويض أو التى ترفع بعد قيام الدعوى الجنائية ، ولا يتم السير فيها حتى يتم الفصل فى الدعوى الجنائية(٢) •

٣ — من نتائج تبعية المسئولية المدنية للمسئولية الجنائية ، فى حال نشوئهما عن فعل واحد ، أنه يجوز رفع الدعوى بطلب التعويض، ممن أضير من الفعل الذى يعتبر جريمة ، أمام المحكمة الجنائية التى تنظر الدعوى بطلب عقاب المتهم بهذه الجريمة ، حتى تفصل هذه

---

(١) ولكن هذا لا يعنى ان القاضى المدنى لا يستطيع وصف الوقائع الثابتة بالحكم الجنائى وصفا مخالفا لوصف الحكم الجنائى لها ، فقد يقضى الحكم الجنائى بالبراءة لعدم توافر وصف الجريمة لافعال المتهم ، فلا يعنى ذلك منع القاضى المدنى من وصفها بأنها خطأ موجب للمسئولية المدنية . وكذا لا يحول دون تقرير المسئولية المدنية ، أن يقضى الحكم الجنائى بسقوط الدعوى الجنائية بسبب موت المتهم او بالبراءة لوجود مانع من العقاب أو صدور عفو عن الجريمة .

(٢) ويقال لذلك ان الجنائى يوقف المدنى
le criminel tient le civil en état

المحكمة فى طلب التعويض ، باعتبارها المحكمة التى يعتبر حكمها ذا حجية فى ثبوت المسئولية المدنية ، ولو أنه يفصل فى المسئولية الجنائية(١) .

٤ — يحول قيام الدعوى الجنائية دون سقوط الحق فى رفع الدعوى المدنية بالتقادم ، فالمادة ١٧٢ — ١ من القانون المدنى تنص على أن دعوى المسئولية المدنية تسقط بانقضاء ثلاث سنوات من يوم علم المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول ، وعلى أى حال تسقط بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل الضار ، الا أن الفقرة الثانية من نفس المادة تقضى بأنه اذا كان الفعل الضار جريمة، فان الدعوى المدنبة لا تسقط الا بسقوط الدعوى الجنائية ، ولو كان ذلك بعد انقضاء الآجال المبينة فى الفقرة الاولى(٢) .

١٠٠ — (ب) المسئولية العقدية والمسئولية « التقصيرية » :

كلا المسئوليتين العقدية والتقصيرية ، كما سبق أن ذكرنا ، من صور المسئولية المدنية ، لكن المسئولية توصف بأنها عقدية اذا وجدت بين المسئول والمضرور رابطة عقدية ، واذا كان الضرر مترتبا على الاخلال بالتزام ناشىء عن العقد ، على عاتق أحدهما للآخر .

ولذلك اذا كانت الرابطة بين طرفى المسئولية ، لا تعتبر من صور العقد بالمعنى القانونى ، لقيامها على قواعد الاخلاق أو المجاملات ، كما فى حال نقل أحد الاشخاص صديقا له فى سيارته مجانا ، أو فى

---

(١) ويلاحظ انه يجوز لمن أصيب بضرر من فعل يعتبر جنحة او مخالفة، ان يرفع دعوى يطلب التعويض مباشرة الى المحكمة الجنائية ، فيؤدى ذلك الى تحريك الدعوى الجنائية . وتسمى هذه الطريقة فى تحريك الدعوى الجنائية ، طريقة الادعاء المباشر .

(٢) وعلى العكس لا يمنع قيام الدعوى المدنية [illegible] سقوط الدعوى الجنائية بالتقادم ، فالدعوى المدنية تابعة للدعوى الجنائية فى البقاء لا فى الانقضاء .

حال دعوته الى نزهة أو وليمـة[1] ، لا يمكن أن تنشأ عما يصيب الصديق من ضرر ، أثناء النقل أو النزهة أو الوليمة ، ولو كان ذلك بخطأ من الآخر ، مسئولية عقـدية ، لعدم وجـود رابطة عقـدية بينهما ، وان أمكن أن تقوم المسئولية « التقصيرية » ، اذا توافرت شروطهـا .

ويجب أن يقع اخلال بالتزام مترتب على العقد ، حتى تنشأ عنه المسئولية العقدية ، فتأخر المؤجر أو امتناعه عن تسليم العين المؤجرة بغير عذر قاهر ، يؤدى الى مسئوليته عقديا فى مواجهة المستأجر ، عن تعويض ما يترتب على ذلك من ضرر . ولكن اعتداء أى من المؤجر أو المستأجر على الآخر ، بالضرب أو بالسب ، ولو بمناسبة المطالبة بتنفيذ شروط العقد ، لا يؤدى الى قيام المسئولية العقـدية ، لان التزام كل منهما بعدم الاعتداء على الآخر واجب عام يلتزمان به بحكم القانون (كما يلتزم بذلك كل الناس) ، ولا ينشأ بصفة خاصة عن عقدهما ، واخلالهما بهذا الواجب العـام ، لذلك ، يجعلهما مسئولين عن تعويض مـا يترتب على ذلك من ضرر ، مسئولية « تقصـيرية » لا عقـدية .

ومن اللازم أيضا ، حتى توصف المسئولية بأنها عقدية ، أن يقع الاخلال بالعقد من شخص يلتزم به ، فالمقـاول الذى يخالف شروط المقاولة ، والعامل الذى يمتنع عن تنفيذ واجباته وفقا لعقد العمل ، يسأل كل منهما عن تعويض الضرر الناتج من هذا الاخلال ، مسئولية عقدية ، ولكن من يحرض المقاول أو العامل على مخالفة شروط العقد،

---

(١) او اذا حدث الضرر بخطا احد اطراف مفاوضات سابقـة على ابرام العقد ، او فى اى من الاعمال الممهدة لابرامه ، قبل انعقاده فعـلا وقيام الرابطة العقدية .

لا يسأل الا مسئولية تقصيرية ، لانه لا يلتزم بالعقد ، ذلك أنه من الغير بالنسبة لهذا العقد ، وخطؤه ليس اخلالا بالتزام عقدى ، بل هو مخالفة للواجب العام الذى يقضى باحترام حقوق الغير(١) .

والتمييز بين نوعى المسئولية له أهمية تظهر فى اختلاف الاحكام فى كل منهما ، من ذلك :

(أ) أن التعويض فى المسئولية العقدية لا يكون الا عن الضرر المتوقع ، وفقا للمألوف ، عند التعاقد ، ما لم يكن الضرر ناشئا عن اخلال عمدى بالتزامات العقد ، أو عن اهمال يعتبر خطأ جسيما ، فيكون التعويض عندئذ عن الضرر المتوقع وغير المتوقع ، كما هى الحال فى المسئولية التقصيرية (المادة ٢٢١ مدنى) .

(ب) يختلف حكم الاتفاق على الاعفاء من المسئولية ، اذا كانت عقدية ، عن حكمه ان كانت مسئولية تقصيرية ، فالمادة ٢١٧ من القانون المدنى تقضى بأنه يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى الا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسم ، كما تقضى بأنه لا يجوز الاتفاق على الاعفاء من المسئولية التقصيرية فى أى حال من الاحوال .

(جـ) يختلف حكم سقوط الحق فى المطالبة بالتعويض ، بالتقادم ، فى نوعى المسئولية ، فالمطالبة بالتعويض على أساس المسئولية العقدية ، يسقط الحق فيها بسقوط دعوى العقد ، ومدة تقادمها هى المدة التى تحددها القاعدة العامة المنصوصة فى المادة ٣٧٤

---

(١) وشرط وصف المسئولية بانها عقدية ، ان يكون المسئول طرفا ملتزما بالعقد ، ولو لم يكن المضرور طرفا فيه ، مادام فعل المسئول يمس حقا ينشأ له من العقد ، فالمنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير ، ليس طرفا فى عقد الاشتراط ، ولكن مسئولية المتعهد عن الاخلال بالتزاماته قبل المنتفع ، مسئولية عقدية .

مدنى ، وهى خمس عشرة سنة ، أما دعوى المطالبة بالتعويض على أساس المسئولية القصيرية ، فتتقادم بثلاث سنوات من وقت العلم بالضرر ومعرفة المسئول ، فى حدود خمس عشر سنة من وقت وقوع الفعل الضار (المادة ١٧٢ مدنى) •

(د) اذا تعدد المسئولون مسئولية تقصيرية عن التعويض ، كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر ، كما تقضى بذلك المادة ١٦٩ مدنى ، فيستطيع الدائن بالتعويض أن يقتضيه من أيهم ، بأكمله • وهذا على خلاف الحكم المأخوذ به فى المسئولية العقدية ، حيث ينقسم دين التعويض فيها على المسئولين المتعددين ، فلا يكون رجوع الدائن به على أى منهم الا بقدر حصته ، ولا يكون التزام المسئولين عقديا التزاما تضامنيا الا اذا اتفق على ذلك أو اذا قضى به القانون (المادة ٢٧٩ مدنى)(١) •

وقد تساءل الفقه ، بسبب هذه الخلافات فى أحكام المسئوليتين ، عما اذا كانتا مسئوليتين متميزتين تفترقان فى الطبيعة ، أم أنهما صورتان لمسئولية من طبيعة واحدة • وقد اتجه الرأى فى البداية الى أنهما مسئوليتان مختلفتان فى الطبيعة على أساس أن المسئولية العقدية وجه من أوجه الالتزام العقدى ، بمعنى أن عدم تنفيذ هذا الالتزام عينا يؤدى الى تحول هذا الالتزام العقدى نفسه الى التزام بالتعويض، فيصبح تنفيذه بمقابل par équivalent هو التعويض ، بعد أن تعذر تنفيذه عينا • وقد ذهب البعض الى حد القول بأن المسئولية

---

(١) والاهلية اللازمة لتحمل المسئولية العقدية ، هى اهلية ابرام العقد التى تنشا عنه هذه المسئولية ، اما التحمل بالمسئولية التقصيرية فيكفى له التمييز .

كما ان المطالبة بالتعويض على اساس المسئولية العقدية ، يجب ان تسبق ، فى الاصل ، باعذار المدين بالعقد ، اذا لم ينفذ التزامه ، حتى يعتبر مقصرا ، ولا يلزم هذا الاعذار فى حالة المسئولية التقصيرية . وانظر الوجيز السنهورى ، نقرة ٥١٠ .

العقدية لا يصح أن تسمى بهذا الاسم وأن من الافضل أن تسمى بالضمان العقدى ، لبيان اختلافها عن المسئولية التقصيرية(١) • ولكن كثيرا من الفقهاء يذهبون فى الوقت الحاضر الى أن المسئولية المدنية نوع واحد ، وأن المسئولية العقدية ما هى الا تطبيق لمبادىء المسئولية المدنية فى نطاق العقد ، وأن المبادىء التى تحكم المسئولية العقدبة لا تختلف عن تلك التى تقوم وفقا لهـا ، لمسئولية التقصيرية •

والواقع أنه فى كل من المسئوليتين لابد من توافر نفس الاركان الاساسية ، وهى : الفعل الضار ، والضرر الحادث للغير ، وصلة السببية بين الضرر والفعل الضار • واذا كان التزام المسئول بتعويض الضرر الحادث من فعله ، يقوم فى المسئولية العقدية على أساس الاخلال بالتزام ناشىء عن العقد ، فانه يقوم فى المسئولية التقصيرية على أساس الاخلال بالواجب القانونى العام بالتزام الحيطة فى السلوك بحيث لا ينشأ منه للغير ضرر كان فى الوسع تجنبه ، فالمسئولية العقدية تنشأ عن الاخلال بواجب خاص هو الالتزام المترتب على العقد ، والمسئولية التقصيرية تنشأ من الاخلال بواجب عام ينشأ بحكم القانون ، هو واجب الحيطة والحذر فى السلوك ، وكلا الواجبين يقوم وفقا للقانون ، والمسئولية التى تنشأ من الاخلال بأى منهما لها نفس المعنى(٢) ونفس الاركان ، ونفس الاثر ، أما ما يلاحظ من

---

(١) انظر مارتى ورينو ، فقرة ٣٦٢ .

(٢) وان كان الواجب الخاص (الالتزام) الناشىء عن العقد يحصر معنى الاخلال فى النطاق المحدد الذى يقوم فيه هذا الالتزام ، على خلاف الحال بالنسبة للواجب العام الذى يؤدى الاخلال به الى نشوء المسئولية التقصيرية .

ويلاحظ مارتى ورينو ، (فقرة ٣٦٣) أن تعريف الخطأ وفقا لما يذهب اليه بلانيول بأنه الاخلال بالتزام سابق ، يكشف عن وحدة المسئوليتين العقدية والتقصيرية ، بل يلاحظان أن هذه الوحدة تكشف عنها التعريفات الاخرى للخطأ بأنه المساس بحقوق الغير دون الاستناد الى حق اقوى ، أو تعريفه بأنه الاخلال بالثقة المشروعة ، او مخالفة سلوك الشخص الحذر الحريص .

من اختلاف بينهما فى الاحكام أو التنظيم ، فهو خلاف يصفه بعض الفقه بأنه ظاهرى وقليل الاهمية(١) .

وقواعد المسئولية « التقصيرية » هى القواعد العامة للمسئولية ، بمعنى أن هذه القواعد هى التى تطبق لحكم المسئولية عن التعـويض فى كل حال لا تنشأ هذه المسئولية فيها وفقا لتنظيم قانونى خاص ، ولذا يمكن تسمية هذه المسئولية ، لبيان نطاق تطبيقها بالنسبة لنطاق تطبيق المسئولية العقدية ، وبقصد الاشارة الى شمول هذا النطـاق لكل ما لا يعتبر مسئولية عقدية ، بأنها المسئولية غير العقدية .

ولكن اذا كانت أركان كل من المسئوليتين ، العقدية والتقصيرية، واحدة ، واذا راعينا أن هناك اختلافا فى بعض أحكامهما ، فهل يجوز لمن توافرت لمصلحته شروط المطالبة بتعويض على أساس المسئوليـة العقدية ، أن يختار المطالبة بهذا التعويض وفقا لقواعد المسئوليـة التقصيرية ، اذا قدر أنها أكثر تحقيقا لمصالحه ؟ أى هل يجوز لمن أضير من الاخلال بالتزام ناشىء فى عقد هو طرف فيـه : أن يطلب التعويض عما أصابه من ضرر على أساس المسئولية التقصيرية ، كما لو كان لا يرتبط بالمسئول برابطة عقدية ؟ الواقع أن هذا التساؤل يثير مشكلة تسمى فى الفقه « الخيرة » بين المسئولية العقدية والمسئوليـة التقصيرية ، وهى المشكلة التى نعرض لهـا بايجاز فيما يلى :

---

(١) مارتى ورينو ، الموضع السابق . وهما يلاحظان أن الالتـزام بالتعويض عن الاخلال بالالتزام العقدى ، لا شبيه له ، فى أغلب الاحوال، بالالتزام الاصلى ، وان عدم تنفيذ هذا الالتزام يخلق مركزا قانونيا جديدا، يختلف عن المركز الاصلى الناشىء عن العقد : فقرة ٢٦٤ . وعلى العكس، يرى البعض ان الفروق بين المسئولية العقـدية والمسئولية التقصـيرية فروق جوهرية : انظر السنهورى ، الوسيط ، فقرة ٥١٢ .

١٠١ ـ الخيرة بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية :

قد تقوم للشخص مصلحة فى أن يرجع على آخر يرتبط معه برابطة عقدية ، لمطالبته بالتعويض عن الضرر الذى لحقه من اخلاله بالتزامه العقدى ، على أساس المسئولية « التقصيرية » ، دون المسئولية العقدية ، ويتحقق ذلك مثلا ، اذا كان هذا الشخص قد رضى مقدما ، أى عند ابرام العقد ، باعفاء المتعاقد معه من المسئولية عن اخلاله بالتزامه ، بغير عمد أو خطأ جسم وهو شرط صحيح يؤدى الى عدم جواز المطالبة بالتعويض على أساس المسئولية العقدية ، فلو أبيح له أن يطالب بالتعويض وفقا لقواعد المسئولية التقصيرية لما أمكن أن تدفع مطالبته بشرط الاعفاء لعدم جواز الاعفاء من المسئولية التقصيرية فى أى حال من الاحوال • وكذلك تتحقق مصلحة المتعاقد فى المطالبة بالتعويض استنادا الى المسئولية التقصيرية دون العقدية ، اذا رغب فى أن يحصل على تعويض كامل للاضرار التى نتجت عن الاخلال بالالتزام العقدى ، ولو لم تكن هذه الاضرار متوقعة عند التعاقد ، لان قواعد المسئولية العقدية تقصر التعويض على الضرر المتوقع وحده(١) •

وقد انقسم الفقه بالنسبة لحق المتعاقد فى اختيار الرجوع بالمسئولية التقصيرية بدلا من المسئولية العقدية ، الى فريقين ، فريق يجيز « الخيرة » بين المسئوليتين ، فيسمح للمتعاقد أن يرجع فى طلب التعويض ، بالمسئولية التقصيرية اذا اختارها دون المسئولية العقدية التى تتوافر شروطها لمصلحته ، وفريق يرى ، على العكس ، أن المتعاقد لا يستطيع أن يطالب بالتعويض ، فى حال الاخلال بالالتزام العقدى ، الا وفقا لقواعد المسئولية العقدية(٢) •

---

(١) كما يحق له ان يطالب المسئولين المتعددين باعتبارهم مدينين بالتضامن ، فى حين ان التضامن لا يكون فى المسئولية العقدية الا اذا اشترط او قضى به القانون •

(٢) ومن المتفق عليه انه لا يجوز الجمع بين المسئوليتين ، سواء

[redacted]

ويبرر القائلون بجواز الخيرة مذهبهم ، بأنه اذا فرض وتوافرت شروط المطالبة وفقا لقواعد المسئوليتين ، فمن حق المضرور أن يختار الرجوع بالدعوى التى يفضلها والتى تكون أحكامهـا أو نتائجها أكثر اتفاقا مع مصالحه ، ويرد أصحاب الرأى الآخر ، أى رفض الخيرة ، بأنه اذا كانت هناك رابطة عقديه بين المضرور والمسئول ، فان ما يقوم بينهما من صلة يكون منشأه العقد ، ويجب أن يكون رجوع أى منهما على الآخر بسبب الاخلال بالتزامات العقد ، بدعاوى هذا العقـد ، ولذا لا تكون مطالبة أحدهما للآخر بالتعويض الا على أساس المسئولية العقـدية .

والقضـاء فى فرنسـا لا يجيز الخـيرة ، فى الاصـل ، بين المسئوليتين ، وان أجازتها بعض الاحكام فى الاحوال التى يكون فيهـا الفعل الذى يقع به الاخلال بالعقد ، جريمـة أو خطأ جسـيما(١) . أما القضاء فى مصر فقد جاء فى بعض أحـكامه ما يؤخـذ منه جـواز الخيرة(٢) . ولكن أغلب الفقه فى مصر و فرنسا لا يجيز الخـيرة بين المسئوليتين ، ويبرر بعضه رفضـه للخيرة بأن اجازتهـا تؤدى الى الاخلال بالوضع المعتاد للتوازن العقدى(٣) أو على أساس أن الاخلال

اكان الجمع بمعنى الحصول على تعويض على اساس كل من المسئوليتين اى الجمع بين التعويضين ، ام كان المقصود بالجمع هو المطالبة بالتعويض وفقا لـما هو اصلح للمطالب من قواعد كل من المسئوليتين ، فيتمسك بقواعد اثبات المسئولية العقدية (فى الالتزام بنتيجة) ، ويطالب بالتعويض عن الضرر ولو لم يكن متوقعا وفقا لقواعد المسئولية التقصيرية ، ام كان المقصود بالجمع اخيرا هو اللجوء الى المطالبة بالمسئولية التقصيرية بعد رفض المطالبة على اساس المسئولية العقـدية ، انظـر السـنهورى ، الوسيط ، فقرة ٥١٤ ، وقارن مارتى ورينو ، فقرة ٣٨ .

(١) او خطا مهنيا ، مارتى ورينو ، فقرة ٣٦٨ .

(٢) انظر فى عرض احكام القضاء المصرى ، الوسيط للسنهورى ، فقرة ٥١٠ وهوامش ص ٨٦٠ وما بعدها .

(٣) مارتى ورينو ، الموضع السابق ، وهما يضربان مثلا لذلك بعقد

بالتزام ناشيء عن العقد يقتضى ألا يكون الرجوع بسبب هذا الاخلال الا بدعوى العقد(١) • ونحن نعتقد أن رفض الخيرة بين المسئوليتين يرتبط بطبيعة المسئولية العقدية ، كصورة خاصة للمسئولية المدنية تقوم بجانب الصورة الاصلية لهذه المسئولية ، وهى المسئولية التقصيرية ، فالمسئولية العقدية مسئولية خاصة تنشأ اذا توافرت شروطها التى أشرنا اليها ، وأهمها حدوث الضرر نتيجة للاخلال بالتزام عقدى ناشيء لمصلحة الشخص المضرور ، وتطبق على هذه المسئولية عندئذ القواعد التى خصها بها القانون ، واباحة استبعاد هذه القواعد الخاصة ، لتطبيق القواعد العامة للمسئولية المدنية ، أى قواعد المسئولية التقصيرية ، تتعارض مع الهدف من التنظيم الخاص للمسئولية العقدية فى الصورة المحددة التى تقوم فيها ، واذا يجب القول بعدم جواز الالتجاء الى قواعدالمسئولية التقصيرية اذا توافرت شروط المسئولية العقدية ، لان القواعد العامة للمسئولية المدنية

= الوديعة المجانية التى لا يلتزم فيها المودع لديه ، فى حفظ الشىء المودع ، الا بعنايته بأمواله ، ولو كانت أقل من العناية المعتادة ، اذ لو حدث للشىء المودع تلف لا يسأل عنه المودع لديه لعدم تقصيره فى العناية الواجبة عليه)، واجيز للمودع الرجوع على المودع لديه بالمسئولية التقصيرية، لكان معنى هذا الزامه فى المحافظة على الشىء بعناية الشخص العادى (لا ن معيار الخطأ التقصيرى هو الحيدة عن عناية الشخص العادى) ؛ ولتغير بذلك مضمون التزام المودع لديه بالمحافظة على الشىء المودع ، من بذل عنايته بأمواله الشخصية الى بذل عناية الشخص العادى •

(١) السنهورى ، الموضع السابق ، وهو يقول لذلك انه ان كان الضرر حادثا من اخلال بالتزام عقدى والتزام قانونى فى نفس الوقت ، كسرقة البضائع التى يرتكبها أمين النقل ، وهو فعل يعتبر اخلالا عمديا بالتزامه كما أنه جريمة من الجرائم ، يقول انه فى هذه الحال يجوز لمالك البضائع ان يرجع بالمسئولية العقدية أو المسئولية التقصيرية ، أى يجيز الخيرة ، وهذا الرأى يشبه ما يأخذ به القضاء الفرنسى من اباحة اختيار دعوى المسئولية التقصيرية ان كان الفعل الضار جريمة •

لا تطبق الا حيث لا تتوافر شروط تطبيق القواعد الخاصة للمسئولية العقـــدية(١) •

١٠٢ ـــ تطور المسئولية المدنية :

فى القوانين الحديثة ، ومنهـــا القـــانون المصرى ، يقوم مبـــدأ المسئولية عن تعويض الضرر الحادث للغير ، مبدأ عاما ، فالقانون لا يتضمن حصرا تفصيليا للافعال التى تؤدى الى شغل هذه المسئولية ، بل يقضى بأن كل فعل خاطىء يوجب التزام من وقع منه ، بتعويض الضرر المترتب عليه ، كما يجعل أساس الالزام بالتعويض ، الخطأ الذى ينسب الى المسئول ، والذى يترتب عليه ضرر للغير •

ولم ينشأ مبدأ المسئولية ، بهذه الصورة العامة ، فى القوانين القديمة ، حيث كانت الافعال الموجبـــة للمسئولية محـــددة على سبيل الحصر ، وكانت تترتب عليها مسئولية تختلط فيها فكرة العقوبة بفكرة التعويض (اختلاط المسئولية الجنائية والمسئولية المدنيـــة) ، كما أن المسئولية لم تكن تناط دائما بخطأ المسئول ، بل كانت تنشأ فى كثير من الاحيان ، لمجرد وقوع الفعل الضار ، وقد تحقق التطور الذى لحق بقواعد المسئولية فى القوانين القديمة ، ليصل بها الى المبدأ العـــام للمسئولية فى القوانين الحـــديثة ، فى نواح عـــدة ، يمكن اجمـــالها فيما يأتى :

(أ) الفصل بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية ، بحيث صار الجزاء المترتب على قيام المسئولية المدنيـــة هو الالزام بتعويض

---

(٢) وهذا التبرير لرفض الخيرة ، لا يجعل هذه الخيرة جائزة ولو كان الفعل الذى وقع به الاخلال بالالتزام العقدى ، جريمة ، ولكن يلاحظ انه فى هذه الصورة تتضاءل مزايا المسئولية التقصيرية بالنسبة للمسئولية العقـــدية .

الضرر ، لا توقيع العقاب على المسئول(١) .

(ب) الاتجاه الى التوسع فى تحديد الافعال الموجبة للمسئولية المدنية (بعد أن استقلت عن الافعال التى تعتبر جرائم تنشأ عنها المسئولية الجنائية) ، حتى انتهى الامر الى اعتبار كل فعل ضار سببا لقيام المسئولية ، ولم يعد بيان الافعال الموجبة للمسئولية المدنية يتم عن طريق تعدادها وحصرها فى القانون .

(جـ) تأكيد اعتبار الخطأ أساسا للمسئولية ، بحيث يعتبر الفعل الضار سببا فى مسئولية مرتكبه اذا أمكن وصفه بأنه خطأ من جانب المسئول ، فلم يعد شرط المسئولية هو مجرد حدوث ضرر من الفعل دون استلزام لتوافر وصف الخطأ فى هذا الفعل .

ونستطيع أن نجد فى تنظيم القانون الرومانى للمسئولية المدنية خصائص هذه المسئولية فى القوانين القديمة ، ففى أول عهود هذا القانون ، كانت الافعال المؤدية للالتزام بالتعويض أفعالا محددة تعتبر جرائم فى نفس الوقت وان كانت جرائم خاصة ، كالسرقة والاكراه ، تتمثل العقوبة عليها فى الحكم بمبلغ من المال لمصلحة المجنى عليه ، لم يكن يقدر بمقدار الضرر بل يزيد عليه ، ولذا لم يكن تعويضا بالمعنى الذى يفهم به التعويض فى القوانين الحديثة ، بل كان عقوبة

---

(١) فقد كان جزاء الفعل الضار فى المجتمعات القديمة هو الثار ، فكان من حق من يصيبه الغير بضرر أن يقتص لنفسه ممن أوقع به الضرر ، دون أن توضع لانتقامه حدود معينة ، ثم وضعت بعد ذلك حدود للثار لمنع الاسراف فيه ، فجعل على قدر الضرر الحادث ، ثم ظهرت الدية كجزاء للافعال الضارة ، أى فرض غرامة على مرتكب الفعل الضار لمصلحة المضرور ، ولما تبين أن بعض الافعال ينطوى على خطورة على مصالح الجماعة ، فرضت العقوبات التى توقع على شخص مرتكب الافعال التى تنطوى على الخطورة ، وأبقيت الدية بجانب هذه العقوبات ، كتعويض لمن أضير منها من الافراد ، وبدأ بذلك تميز المسئولية الجنائية عن المسئولية المدنية .

خاصة ، تجمع بين فكرة العقاب وفكرة التعويض ، مما يظهر الخلط بين المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية(١) .

ثم ظهر الاتجاه الى توسيع نطاق المسئولية عن تعويض الاضرار التى تحدث للاشياء المادية ، وفقا لقانون أكويليا ، الذى قرر التزام من يتلف أشياء الغير بغرامة توازى الضرر الحادث عن فعله ، والذى تم التوسع فى تطبيق أحكامه ، بمدها الى صور كثيرة من الاتلاف ، غير تلك التى حددتها قواعد هذا التشريع ، ولكن هذا التوسع لم يصل ، فى أى عهد من عهود القانون الرومانى ، الى جعل الالتزام بالتعويض مبدأ عاما ، يترتب على أى فعل ضار ، دون تحديد الافعال ، كما هى الحال فى القوانين الحديثة(١) .

ويلاحظ أن الزام مرتكب الفعل الضار « بالغرامة » لم يكن يناط فى القانون الرومانى بثبوت خطأ الملتزم بها ، فكان يكفى ثبوت صدور الفعل الضار منه ، وتحقق الضرر للغير ، حتى يعتبر مسئولا ويلزم « بالتعويض » . وقد كان قانون أكويليا يشير الى الأفعال الموجبة للالتزام بهذا « التعويض » ، دون أن يؤسس ذلك على الخطأ ، ولكن فكرة الخطأ كأساس لهذا الالتزام بدأت فى الظهور فى تفسير

---

(١) فضحية السرقة كان له الحق فى ان يحصل من السارق على ضعف قيمة المسروق ، بل كان للمسروق منه فى بعض الاحوال ان يحصل على ثلاثة امثال او اربعة امثال قيمة المسروق ، انظر Monier ، القانون الرومانى ج ٢ ، فقرة ٤٠ .

(٢) قبل قانون اكويليا ، الصادر سنة ٢٨٧ قبل الميلاد ، كان اتلاف الاشياء المملوكة للغير يؤدى الى عقاب مرتكبه بغرامة محددة لمصلحة المضرور ، فى احوال خاصة محددة ، ثم جاء قانون اكويليا ليقرر الزام من يتلف شيئا للغير ، بغرامة تتناسب مع قيمة التلف (أى مع الضرر) ، وكان ينص على الزام المتسبب فى الضرر بغرامة فى حالات قتل العبد أو الحيوان ، وكذا فى حالة نزول الدائن المنضم عن الدين غشا للدائن ، وكذا فى حال احراق او كسر او اتلاف شئ (جماد) مملوك للغير ، وكذا جرح العبد أو حيوان من ذوات الاربع التى تعيش فى قطعان او غيرها من الحيوانات — المرجع السابق ، فقرة ٤١ وما بعدها .

أحكام قانون أكويليا ، فى وقت لاحق لصدوره ، بل أنها بدأت فى الظهور كأساس للالتزام الناشىء عن الفعل الضار فى كل صوره .

وقد تطورت أحكام المسئولية فى القانون الفرنسى القديم، الى الصورة التى انتقلت الى القانون الفرنسى الحديث ، فقد تقرر فى القانون الفرنسى القديم(١) مبدأ الالتزام بتعويض الضرر الذى يحدث بأى فعل يوصف بأنه خطأ ، أى صار كل فعل ضار أساسا لالتزام مرتكبه بالتعويض ، كما لزم أن يكون هذا الفعل خطأ ، حتى تترتب عليه مسئولية من صدر منه ، ومن ناحية أخرى ، فقد اعتبر الالتزام المترتب على الفعل الضار التزاما مدنيا لا تداخله فكرة العقوبة فتحقق الفصل بين المسئولية المدنية والمسئولية الجنائية(٢) .

وقد كان اعتبار الخطأ أساسا للمسئولية المدنية واضحا بالنسبة للافعال الشخصية للمسئول ، كما كان هذا الخطأ مفترضا أو « مضمرا » فى المسئولية عن الاضرار التى تحدثها الحيوانات أو الابنية . وكذا اعتبر الخطأ أيضا أساس المسئولية العقدية فى القانون الفرنسى القديم : فقد قال فقهاء هذا القانون « ان عدم الوفاء بالتعهد هو خطأ كذلك يؤدى الى التزام الشخص بتعويض ما ينتج عنه من أضرار »(٣) .

---

(١) بعد تطور غير معروف التفاصيل ، مارتى ورينو ، فقرة ٣٦٩ .

(٢) وتظهر احكام المسئولية المدنيــة فى القانون الفرنسى القــديم فى قول الفقيــه Domat فى مؤلفه عن القوانين المدنية « كل الخســائر وكل الاضرار التى يمكن ان تحدث بفعل شخص سواء اكان هذا الفعل عدم حيطة او خفة او جهلا بما يجب العلم به ، او اية اخطاء مشابهة ، مهما كانت يسيرة ، يجب ان تعوض من جانب من كان عدم حيطته ، أو اى خطأ آخر منه ، سببا فى حدوثها » — انظر مارتى ورينو ، فقرة ٣٦٩ ، والوسيط للسنهورى ، فقرة ٥١٨ .

(٣) مارتى ورينو ، الموضع الســابق ، وان كانت درجة الخطــأ الموجب للمسئولية ، كانت تختلف بحسب موقف الملتزم فى العقد ، ان كان متبرعا لزم ان يكون خطؤه جسيما ، وان كان متبرعا له كان يكفى منه الخطأ اليسير جــدا ، اما ان كان معاوضــا فكان الخطأ العــادى « الخفيف » لازما كأساس لمسئوليته .

وعن القانون الفرنسى القديم (وبالاخص عن فقه دوما Domat) أخذ تقنين نابليون أحكام المسئولية المدنية فى المواد ١٣٨٢ وما بعدها . وقد قرر فى المادتين ١٣٨٢ و ١٣٨٣ مبدأ المسئولية عن الفعل الشخصى للمسئول ، كقاعدة عامة ، فقضى فى المادة ١٣٨٢ بأن « أى فعل يصدر من الانسان فيسبب ضررا للغير ، يلزم من حدث الضرر بخطئه بالتعويض » وفى المادة ١٣٨٣ بأن الانسان « يسأل أيضا عن اهماله وعدم حيطته » . وفى المادة ١٣٨٤ يقرر مسئولية الشخص عن أفعال الآخرين ، فيقضى بمسئولية الأب والأم عن الاضرار التى يحدثها أولادهم القصر المقيمون معهم ، ومسئولية المخدومين والمتبوعين عن الاضرار التى يحدثها خدمهم أو تابعوهم للغير ، فى أدائهم للاعمال التى يكلفون بها وكذا مسئولية المعلمين وأرباب الحرف عن الاضرار التى يحدثها التلاميذ و « الصبيان » وقت وجودهم تحت رقابتهم . أما المادتان ١٣٨٥ و ١٣٨٦ فخاصتان بالمسئولية عن الضرر الحادث من الحيوان أو من البناء . وفى كل صور هذه المسئولية يقوم الخطأ أساسا لالزام المسئول بالتعويض ، سواء أكان ذلك عن فعله الشخصى ، أو عن تقصيره فى رقابة الغير أو حراسة الحيوان أو البناء .

وقيام المسئولية على أساس الخطأ ، بالنسبة لافعال المسئول نفسه ، وسواء أكان هذا الخطأ عمدا أم مجرد اهمال من هذا الشخص ، وكذلك قيام المسئولية عن أفعال الغير أو أضرار الحيوان أو البناء ، على نسبة خطأ الى المسئول فى الرقابة أو الحراسة ، يبرر وصف هذه المسئولية بأنها ذاتية أو شخصية ، لانها تؤسس على فحص وتقييم سلوك المسئول وتبين ما به من خلل أو انحراف ، وذلك بالمقابلة مع تنظيم مخالف للمسئولية يتجه الى اقامة المسئولية على الاكتفاء بحدوث الضرر من فعل الشخص نفسه أو من فعل الغير ، أو بسبب شيء من الاشياء ، دون حرص على تحرى عنصر الخطأ فى جانب المسئول ، أى دون اشتراط لاى خلل أو انحراف فى سلوك المسئول ، مما يبرر وصف هذه المسئولية بأنها مسئولية موضوعية

أو مادية ، لانها تقوم على عناصر ظاهرية غير متعلقة بشخص المسئول أو سلوكه •

وقد أخذ القانون المدنى المصرى السابق ، فى نصوصه ، أحكام المسئولية ، عن نصوص القانون المدنى الفرنسى (فى نصوص المواد من ١٥١/٢١٢ الى ١٥٣/٢١٥) ولكن أحكام المسئولية ، كما وردت فى نصوص القانون الفرنسى ، لحقها تطور واسع النطاق ، فى أحكام القضاء ، وفى كتابات الفقه •

ويرجع هذا التطور الى ما ترتب على انتشار الآليـة من تغيير الوسائل التى يستعين بهـا الانسان فى حيـاته ، الى وسائل أكثر خطورة ، وكذا يرجع الى ما ظهر من أفكار اجتماعية حديثة تهـدف الى تحقيق الامان الاجتماعى ، فقد كان انتشار الآلات الضخمـة والمعقدة ، فى الصناعة وغيرها ، وما ترتب على ذلك من زيادة الاضرار (والمخاطر) التى يتعرض لهـا الناس منها ، أن أصبحت المسئولية عن تعويض الاضرار القائمة على ضرورة اثبات خطأ من يستخدم هذه الآلات ، غير كافيـة فى كفالة حصـول المضرور على تعويضـه عن الاضرار التى تحدثها ، بسبب تعذر اثبات الخطأ فى أغلب الاحوال ، وتحديد ما اذا كان الخطأ المسبب للضرر هو خطأ صانعها أو مالكهـا أو من يستخدمها • ونظرا لكثرة حوادث الآلات وشدتها ، فان عدم حصول من يضارون منها على تعويض أضرارها يشكل خطورة اجتماعية، وقد بدت هذه الخطورة واضحة بالنسبة لاصابات عمال المصـانع من آلاتها ، وكانت كثيرة الحـدوث ولم يكن المصـابون يحصلون على تعويضهم عن أضرارها فى كثير من الاحـوال ، بسبب تعـذر اثبات المصابين لخطأ صاحب العمل ، كما بدت أيضا بالنسبة لاضرار وسائل النقل ، والمواصلات •

وبالاضافة الى مـا سبق ، فقد حبـذت الافكار الاجتماعيـة الحديثة ، الحرص على كفالة تعويض العامل عن اصاباته ، باعتباره

أضعف اقتصاديا من صاحب العمل • وامتد العطف على العامل المصاب الى غيره من المصابين بصفة عامة ، كالمصابين من حوادث وسائل النقل، ومخاطر الكهرباء وغيرهم ؛ بقصد تيسير حصولهم على تعويض الاضرار التى تلحقهم • وقد تحقق ذلك بوسائل مختلفة فى نطاق المسئولية العقدية أو المسئولية التقصيرية •

فبالنسبة لاصابات العمل ، اتجه الرأى الى القول بتضمن عقد العمل ضمانا من صاحب العمل لسلامة العامل من الاضرار التى تحدث له أثناء العمل ، فان أصيب فى هذه الاثناء كان صاحب العمل مخلا بالتزامه بهذا الضمان ، والتزم بتعويض العامل عن اصابته لمجرد حدوثها ، ما لم يثبت أن هذه الاصابة ترجع الى سبب أجنبى (أى ما لم ينف رابطة السببية)[1] • وقد أخذ القضاء بهذه الفكرة نفسها فى عقد نقل الاشخاص بالقطار أو السيارة أو غيرهما ، فاعتبر الناقل ملتزما بضمان سلامة الراكب حتى وصوله الى مقصده ، مما يعنى التزام الناقل بتعويض أى ضرر يصيب الراكب ، دون حاجة الى اثبات خطئه •

وفى اطار المسئولية التقصيرية توسع القضاء فى تحديد نطاق المسئولية عن الاضرار الناشئة من الاشياء ، وافترض خطأ حارسها كما افترض الخطأ أيضا فى مسئولية الشخص عن الاضرار التى يحدثها لغير ، وجعل هذا الافتراض غير قابل لاثبات العكس فى بعض الاحوال ، مما سهل على المصابين الحصول على تعويض الاضرار الحادثة لهم ، بعد اعفائهم من اثبات خطأ المسئول •

ولكن بعض الفقه لم يقتنع بمجرد تعديلات جزئية فى اطار نظرية المسئولية المدنية الشخصية (أو الذاتية) القائمة على الخطأ ، بل وجد

---

(١) وان كانت هذه الطريقة فى تحقيق حماية العامل ، لم تلق نجاحا، بسبب عدم سهولة القول بوجود التزام بضمان السلامة فى عقد العمل ، مارتى ورينو ، السابق ، فقرة ٣٧١ •

أن الظروف الجديدة تقتضى تغيير أساس المسئولية ، وذلك بالمناداة بالتحول عن فكرة الخطأ كأساس للمسئولية الى فكرة الخطر risque ، على اعتبار أن هدف المسئولية هو رفع الضرر عمن يصاب به بفعل شخص آخر ، وأنه اذا تحقق حدوث الضرر بفعل ينسب الى شخص معين ، فان هذا الشخص يكون ملتزما بتعويضه دون حاجة الى اثبات أى خطأ فى جانبه(١) أى نادوا بأن السببية « المادية » بين الفعل الضار ، والضرر المتحقق ، شرط كاف لقيام المسئولية ، لا تقوم معها حاجة الى البحث عن خطأ فى جانب من يعزى اليه الفعل. ويبرر أصحاب هذا الاتجاه رأيهم بأن المصاب شخص فى موقف سلبى، أما من صدر منه الفعل فذو موقف ايجابى ، أى هو ذو نشاط ، ومن ينشط يفيد من نشاطه ، ومن المنطقى أن يتحمل تبعة الاضرار التى يحدثها هذا النشاط للغير (ومن هنا تسمية هذه النظرية بنظرية تحمل التبعة)(٢) .

ويحدد أصحاب هذا الرأى فوائده بأنه يسهل حصول المصاب على تعويض ما يلحقه من أضرار ، باعفائه من اثبات خطأ المسئول ، بالاضافة الى ما يحققه من مصلحة اجتماعية ، اذ هو دعوة صريحة الى كل ذى نشاط بأن يلزم منتهى الحذر فى ممارسته هذا النشاط ليحول دون وقوع ضرر منه للغير(٣) .

ويقول أنصار هذا الرأى أنهم يجدون صدى لفكرتهم فى أخذ

---

(١) وهو اتجاه يتفق مع اتجاه المدرسة الاجتماعية الايطالية فى المسئولية الجنائية ، وهى تذهب الى ان العبرة فى تقرير هذه المسئولية تكون بما يمثله المسئول من خطورة على المجتمع ، لا بمقدار خطئه .

(٢) وهذا التبرير واضح بالنسبة لمسئولية صاحب العمل عن الاضرار التى تصيب عماله ، اذا اعتبرت مسئولية تقصيرية وكذا بالنسبة لمسئولية حارس الآلات او الحيوان .

(٣) انظر الاشارة الى النظريات المختلفة فى قيام المسئولية على غير الخطأ ، فى نعمان محمد خليل ، الواقعة القانونية ، ص ٢٤ وما بعدها.

محكمة النقض الفرنسية بمسئولية حارس الاشياء عن الاضرار التى تحدث منها للغير دون حاجة الى اثبات خطأ هذا الحارس كأساس للمسئولية(١) .

ولكن كثيرا من الفقهاء يعارضون هذه الفكرة الجديدة ، التى تذهب الى الاستغناء عن الخطأ كأساس للمسئولية المدنية ، وهم يلاحظون أن الاخذ بفكرة « الخطر » أو « تحمل التبعة » أساسا لالزام الشخص بالتعويض ، ينطوى على خطورة اجتماعية أيضا ، لانه يضع كوابح للنشاط خوفا من المسئولية ، مما يشل روح المبادرة ويضع عقبات فى سبيل النمو والتقدم . ومن ناحية أخرى يفضلون أن تبنى المسئولية على أساس أخلاقى لا يتحقق بغير ربط قيامها بتوافر الخطأ ، مشيرين الى أن استبعاد الخطأ هو رجوع الى نظم القوانين البدائية فى المسئولية عن الاضرار .

وينتهى هؤلاء الفقهاء الى أنه يمكن أن يؤخذ بالمسئولية المدنية دون استلزام للخطأ ، أى على أساس تحمل التبعة ، استثناء ، فى صور خاصة محددة ، كمسئولية رب العمل عن اصابات العمل : أو المسئولية عن حوادث السيارات ، ولكن لا يصح تعميم هذا الاساس بالنسبة لكل صور المسئولية المدنية .

والواقع أن التنظيم العام للمسئولية المدنية ، سواء أكان ذلك فى القانون الفرنسى أو فى القانون المصرى الحالى ، يقوم على اعتبار الخطأ أساس المسئولية ، فالقانون المدنى المصرى لم يأخذ بالمسئولية القائمة على تحمل التبعة الا فى صور معينة وبمقتضى تشريعات

---

(١) وهو حكم انتقل الى القانون المصرى ، كما سنرى .

خاصة(١) ، أما القاعدة العامة للمسئولية ، فتقتضى توافر خطأ المسئول ليترتب على عاتقه التزام بالتعويض ، وان كان القانون قد افترض خطأ المسئول عن أفعال الغير أو أضرار الاشياء(٢) ، كما نرى من دراستنا لاحكام المسئولية فى هذا القانون .

١٠٣ ـ المسئولية المدنية فى القانون المصرى :

سبقت الاشارة الى أن القانون المدنى المصرى ينظم المسئولية التقصيرية عن تعويض الاضرار الحادثة للغير ، فى المواد من ١٦٣ الى ١٧٨ ، وأن هذه المسئولية اما أن تكون مسئولية عن الفعل الشخصى للمسئول (وقد نظمها القانون فى المواد من ١٦٣ الى ١٧٢) ، وأحكامها تعتبر القواعد العامة للمسئولية المدنية ، واما أن تكون مسئولية عن فعل الغير (تنظمها المواد من ١٧٣ الى ١٧٥) أو مسئولية عن ضرر الاشياء التى يتولى حراستها (تحكمها المواد من ١٧٦ الى ١٧٨) . ونتناول أحكام المسئولية فى كل هذه الصور فى فصلين :

الفصل الاول : نعرض فيه أحكام المسئولية عن الافعال الشخصية ، التى تعتبر القواعد العامة للمسئولية المدنية .

---

(١) انظر الاشارة الى هذه التشريعات فى الوجيز للسنهورى ، هامش ١ ص ٣٠٨ ، واهم صور المسئولية التى تنظمها ، المسئولية عن اصابات العمل وامراض المهنة .

ويلاحظ ان محكمة النقض المصرية ، رفضت اقامة المسئولية على اساس تحمل التبعة ، منذ حكمها الصادر فى ١٥ـ١١ـ١٩٣٤ ، انظر السنهورى ، الوسيط ، هامش ٢ ص ٨٧٤ .

(٢) وانصار نظرية تحمل التبعة يذهبون الى انه يجب ان يتحمل الشخص مسئولية تعويض الاضرار الناشئة عن سلوكه ولو كان هذا السلوك لا ينطوى على خطأ . ولكننا نستطيع ان نقول ان السلوك الذى يهدف الى تحقيق منفعة لصاحبه ، اذا كان تحقيق المنفعة لا يتم الا بحدوث ضرر للغير ، سلوك مدان من الناحية الاجتماعية والقانونية ، اى يمكن وصفه بأنه خطأ . فالسلوك الضار بالغير ، ولو كان سعيا الى منفعة صاحبه يعتبر خطأ .

والفصل الثانى : نتكلم فيه عن قواعد مسئولية الشخص عن الضرر الحادث من فعل غيره ممن يسأل عنهم سواء لانهم تحت رقابته أو لانهم من تابعيه ، وكذا قواعد المسئولية عن ضرر الاشياء التى فى حراسته ؛ سواء أكانت حيوانات أو أشياء أخرى تتطلب حراستها عناية خاصة ، أو أبنية(١) .

(١) ويمكن ان يقال ان قواعد المسئولية فى هذه الاحوال ، هى قواعد صور خاصة من المسئولية ، فى مقابلة القواعد العامة التى تحكم المسئولية عن الفعل الشخصى .

الفصل الأول

المسئولية عن الفعل الشخصى

١٠٤ ـ تعداد أركان المسئولية :

يؤخذ تحديد أركان المسئولية « التقصيرية » ، والمسئولية المدنية بصفة عامة،أى شروط نشوئها ، من المادة ١٦٣ من التقنين المدنى المصرى التى تنص على أن « كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض » ، فهذا النص يقرر أنه يلزم لقيام المسئولية أن يكون هناك خطأ وأن يحدث للغير ضرر ، وأن يكون هذا الضرر نتيجة للخطأ. أى أنه يجعل أركان المسئولية أو شروطها ، ثلاثة هى :

١ ـ الخطأ .

٢ ـ الضرر .

٣ ـ علاقة السببية بين الضرر والخطأ .

ونتناول كلا من هذه الاركان ببعض التفصيل(١) .

١ ـ الخطأ

١٠٥ ـ معنى الخطأ :

يمكن أن يعرف الخطأ الموجب للمسئولية المدنية ، بأنه الاخلال بواجب قانونى ، سواء أكان هذا الواجب واجبا خاصا ، أى التزاما ، أم كان واجبا عاما من الواجبات التى تفرض على كل شخص يعيش فى

---

(١) قيام المسئولية بتوافر اركانها ، يعنى نشوء الالتزام بالتعويض على المسئول ، واحكام هذا الالتزام بالتعويض ، تدرس عادة مع القواعد العامة لاحكام الالتزام ، ولكننا نشير الى اهمها فى بيان احكام المسئولية .

جماعة يحكمها القانون ، بأن يحترم حقوق الغير وحرياتهم - وألا يرتكب ما يعتبر مساسا بهذه الحقوق والحريات • والخطأ بهذا المعنى لا ينسب الا الى شخص يمكن أن يصدر منه هذا الاخلال ، ولذا يلزم فيه أن يكون مميزا على الاقل ؛ ولذا اشترط القانون فى من يسأل مسئولية تقصيرية أى مسئولية غير عقدية أن يكون مميزا(١)، وعلى هذا يمكن القول بأن للخطأ عنصرين ، عنصرا ماديا هو الفعل الذى يقع به الاخلال بالواجب ، وعنصرا معنويا ، هو التمييز (فى المسئولية التقصيرية) ، ونبين فيما يلى المقصود بكل من هذين العنصرين :

أولا : العنصر المادى :

العنصر المادى لتوافر الخطأ هو الفعل (أو الترك) الذى يعتبر اخلالا بالواجب القانونى الذى يقع على عاتق من ينسب أليه الخطأ ، وسواء أكان هذا الاخلال مقصودا (أى عمديا) أم غير مقصود (أى نتيجة اهمال) •

والاخلال بالواجب القانونى لا يثير صعوبة فى القول بوقوعه أو عدم وقوعه اذا كان هذا الواجب واجبا خاصا ، أى التزاما ، ذلك أن تحديد موضوع هذا الالتزام (باعتباره واجبا خاصا) يسمح بسهولة تبين ما يعتبر اخلالا به ، ولذا فان تحديد معنى الخطأ فى المسئولية العقدية ، وخصوصا اذا كان الالتزام العقدى الذى يقع الاخلال به التزاما بتحقيق نتيجة محددة ، لا يثير صعوبة ما ، لان الاخلال يتحقق من مجرد عدم الوفاء بهذا الالتزام ، فى الموعد وبالكيفية المحددة بالاتفاق والمحققة لغرض الدائن •

أما فى المسئولية التقصيرية ، حيث يتوافر الخطأ من الاخلال بواجب قانونى باحترام حقوق الغير وحرياته ، وعدم احداث الضرر

---

(١) أما المسئولية العقدية ، فيجب فيمن يحمل بها ان يكون أهلا للتعهد بالالتزام الذى يعتبر الخطأ اخلالا به •

له ، فان معنى الخطأ يقتضى تحديد معنى هذا الواجب العام ، وهو أمر لا تتوافر فيه سهولة تحديد الواجب الخاص ، وتتبع فيه طريقة وضع المعايير والحدود العامة ، لبيان مضمون هذا الواجب العام وبالتالى معنى الاخلال به •

ويمكن أن يحدد هذا الواجب العام بأنه التزام الشخص لاحكام القانون باتباع سلوك هو السلوك المتوقع من الشخص العادى فى الظروف التى يكون فيها من يراد الحكم على سلوكه • فاذا أدى الشخص هذا الواجب فى سلوكه وفى علاقاته بالغير ، وحدث للغير رغم ذلك ، ضرر من أفعاله ، لا يسأل عن تعويض هذا الضرر لانه لم يرتكب خطأ • أما ان حاد أو انحرف عن مسلك الشخص العادى فى سلوكه ، وأحدث للغير ضررا فانه يكون مخطئا ، وبالتالى مسئولا عن تعويض هذا الضرر •

وواضح من تحديد معنى الواجب العام ومعنى الاخلال به ، أى الخطأ ، أن مقياس الخطأ أو معياره ، معيار موضوعى ، فالحكم على سلوك شخص بأنه خطأ أو لا خطأ فيه ، يتم بمقارنته بما يمكن أن يكون سلوك شخص عادى ، أى شخص متوسط ، ولا يكون تقدير توافر الخطأ أو عدم توافره بالنظر الى حال من يتم الحكم على سلوكه شخصيا ، فلو كان بالغ الحذر عادة ، لا يطالب فى سلوكه حيال الغير بأكثر من حذر الشخص العادى ، ولو كانت عادته الاهمال ، لا يتسامح معه على أساس هذه العادة ، بل يطالب بحيطة الشخص المتوسط ، فمعيار الخطأ كما قلنا موضوعى وليس ذاتيا(١) •

---

(١) ويلاحظ أن الاخذ بالمعيار الموضوعى فى تحديد معنى الخطأ ، ينطوى على فرض وصف الخطأ على سلوك الشخص ، ولو كان لم يرتكب أى خطأ فعلا ، وفقا للمعيار الذاتى • ويذهب بعض الفقه الى ان اتباع المعيار الموضوعى هو اخذ جزئى بالمسئولية على أساس تحمل التبعة ، انظر الوجيز للسنهورى ، هامش ٢ ص ٣١٤ •

ولكن فى الحكم على سلوك الشخص ، يجب الاعتداد بالظروف المحيطة بهذا السلوك والتى تؤثر عليه ، وبالتالى على وصف سلوكه بأنه خطأ أو صواب ، والمقصود بالظروف المحيطة هو الظروف الخارجية ، أى الظروف التى لا تعتبر أمورا شخصية خاصة بمن يراد الحكم على سلوكه ، فظروف الزمان والمكان والاحداث الخارجية بصفة عامة تعتبر ظروفا خارجية تؤخذ فى الاعتبار عند الحكم على سلوك الشخص ، فالليل (الظلام) يقتضى من سائق السيارة (كشخص عادى) مزيدا من الحذر فى القيادة ، عما يطالب به عند القيادة فى وضح النهار ، ولذا يحدد سلوك الشخص العادى الذى يقود السيارة فى الظلام ، بصورة أكثر تشددا بالنظر الى هذا الظرف الخارجى المتعلق بالزمان ، وكذا الحال بالنسبة لمن يقود سيارة داخل المدينة ، اذ يلزمه من الحذر والانتباه أكثر مما يجب على من يقودها فى طريق خارج المدن غير مزدحم بالمارة والعابرين ، وهذا ظرف يتعلق بالمكان . والذى ينقل أثاثا أو سلعا لينقذها من خطر داهم كحريق أو فيضان ، لا يطالب بعناية ذلك الذى يقوم بمثل هذا العمل فى الظروف العادية ، التى لا تقوم فيها مثل هذه الاحداث الخارجية .

أما الظروف الداخلية أو الشخصية ، كحدة مزاج الشخص أو ضعف ابصاره أو المرض العصبى الذى أصيب به ، فلا يعتد بها فى تحديد مستوى السلوك العادى الذى يلتزم به ، ولا تصلح أساسا لتعديل معيار الخطأ عند الحكم على سلوكه(١) .

على أن بعض الافعال (أو السلوك) ، وان أمكن اعتبارها خطأ بتطبيق المعيار السابق ، الا أن القانون لا يجعل مرتكبه مسئولا، أو

---

(١) يفضل بعض الفقه صياغة معيار التفرقة بين الظروف التى يعتد بها فى تحديد مستوى السلوك العادى ، وتلك التى لا يعتد بها ، بالقول بأن الظروف التى يعتد بها هى الظروف الظاهرة ، اما تلك التى لا يعتد بها فهى الظروف غير الظاهرة او الخفية ، انظر منصور ، مذكراته ، ص ١٧٠ . ولكننا نعتقد ان هذه الصياغة لا تختلف فى نتائجها عن صياغة التفرقة على اساس الظروف الخارجية والظروف الداخلية .

يخفف من مسئوليتــه . بسبب الظروف الخاصــة التى تدفعــه الى ارتكابه ، والتى تجعل هذا الفعل عملا مشروعا لا تترتب عليه مسئوليته أو على الاقل يعذر مرتكبه فتخفف مسئوليته ، وقد نص القانون المدنى فى المواد من ١٦٦ الى ١٦٨ على ثلاث صور من هذه الافعال هى : حال الدفاع الشرعى ، وحال تنفيذ الموظف لامر صادر من رئيسه ، وحال الضرورة ، ونعرض لكل منها ببعض البيان فيما يلى :

(أ) حال الدفاع الشرعى :

تنص المـادة ١٦٦ من القانون المدنى على أن « من أحدث ضررا وهو فى حالة دفاع شرعى عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله ، كان غير مسئول ، على ألا يجاوز فى دفاعه القدر الضرورى والا أصبح ملزما بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة » .

والدفاع الشرعى هو الاعمال التى يقصد بها الشخص رد اعتداء من الغير ، ولذا ان سببت هذه الاعمال ضررا للمعتــدى ، لا يلزم « المدافع » بتعويضها ، لان من حقه أن يقوم برد الاعتداء ، أى لان أعماله تكون عندئذ أعمالا مشروعة ، ولكن بشرط ألا يتجاوز فيما يقوم به من أفعال بقصد رد الاعتداء ، ما يلزم من هــذه الافعــال لرد الاعتداء ، فان جاوز حدود مـا يلزم للدفاع ، كان مخطئـا فى هذا التجاوز ، وبالتالى كان مسئولا عن تعويض مـا يترتب على ذلك من أضرار ، وان كان الشارع قــد جعل مسئوليته قابلة للتخفيف بتقدير القضــاء .

ومن النص السابق يتبين أنه يلزم لتوافر معنى الدفاع الشرعى فى الافعال التى تصــدر من شخص ، فيؤدى ذلك الى اعفــائه من المسئولية عن تعويض ما ينجم عنها من أضرار ، ما يأتى :

١ — أن يكون هناك خطر حال على نفس المدافع أو على ماله ، أو على نفس شخص آخر أو على ماله ، والفقه يجعل حق الشخص

فى الدفاع عن نفس الغير أو ماله منوطا بوجود علاقة وثيقة بين المدافع وهذا الغير ، فيجعل له أن يدفع أى اعتداء على شخص زوجه أو ابنه أو أخيه مثلا ، وان كان النص لا يتضمن هذا الشرط ، مما يمكن أن يكون سندا للقول بحق الشخص فى أن يدفع أى اعتداء يقع على أى شخص أو يتهدده ، اذا نشط الى ذلك الدفاع ، ولو أدى هذا الى انزال ضرر بالمعتدى •

وليس من اللازم ، لقيام حق الدفاع الشرعى ، أن يقع الاعتداء فعلا بل يكفى أن يكون خطر الاعتداء حالا ، ليحق للشخص القيام بالاعمال التى تمنع وقوعه فعلا ، فيحق للشخص ، مثلا ، أن يمنع بالقوة من يراه متوجها الى مكان شخص آخر للاعتداء عليه بالضرب ، ولو أدى ذلك الى تمزق ملابس المقدم على الاعتداء ، أو نفوق دابته أو تلف بعض منقولاته •

ويترك تقدير حلول خطر الاعتداء ، المبرر لاعمال الدفاع الشرعى ، للقضاء الذى يفصل فى كل حال وفقا لظروفها •

٢ — أن يكون الدفاع موجها ضد أعمال تعتبر اعتداء ، أى أعمال غير مشروعة ، فيجوز الدفاع الشرعى ضد الشروع فى القتل أو الضرب أو السرقة أو احتجاز شخص بغير وجه حق ، ولكن لا يعتبر من أعمال الدفاع مقاومة شخص لرجال الشرطة وهم ينفذون أمرا بالقبض عليه ، أو الاعتداء على « المحضر » وهو يحجز أمواله أو يبيعها فى دين عليه ، تنفيذا لحكم القضاء •

٣ — أن تكون الاعمال التى يمارس بها الشخص حقه فى الدفاع الشرعى بالقدر اللازم لدفع الخطر المهدد به دون زيادة ، فان جاوز « المدافع » حدود ما يلزم للدفاع فانه يكون مخطئا ، وتترتب مسئوليته عن تعويض ما يترتب على هذا التجاوز من أضرار ، فدفع خطر السرقة عن الاموال ، نهارا ، يكفى له القبض على من يشرع

فيها دون حاجة الى ضربه أو جرحه ، ومن يدافع عن نفسه ضد من يحاول ضربه بيديه أو بعصا خفيفة لا يحق له أن يطلق عليه النار فى مقتل •

ولكن القانون لا يجعل مسئولية من يتجاوز حدود الدفاع مسئولية عادية ، من حيث تقدير التعويض بقدر الضرر ، بل يجيز بسبب الظروف التى تدفع الى الخطأ تقدير التعويض بما يقل عن الضرر ، ويعبر عن ذلك فى نص المادة ١٦٦ ، بأن المتجاوز يلزم بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة(١) •

(ب) تنفيذ الموظف العمومى أمر رئيسه :

تنص المادة ١٦٧ مدنى على أنه « لا يكون الموظف العام مسئولا عن عمله الذى أضر بالغير اذا قام به تنفيذا لامر صدر اليه من رئيس، متى كانت اطاعة هذا الامر واجبة عليه ، أو كان يعتقد أنها واجبة ، وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذى وقع منه ، وكان اعتقاده مبنيا على أسباب معقولة ، وأنه راعى فى عمله جانب الحيطة » وواضح من هذا النص ، أن الاعفاء من المسئولية ، الذى يقرره ، يلزم له توافر ما يأتى :

١ — أن يكون الشخص الذى قام بالعمل الضار موظفا عاما ، أى عاملا بالحكومة أو لدى أحد أشخاص القانون العام •

٢ — أن يكون ما قام به تنفيذا لامر رئيس تجب عليه طاعته ، أو يعتقد أنها واجبة عليه •

٣ — أن يثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذى أمر به وقام بتنفيذه ، وأن يبرر اعتقاده بتقديم ما يدل على عدم معرفته بعدم

---

(١) ويفسر الفقه انقاص التعويض عن الضرر فى هذه الحال ، بأنه نتيجة لوقوع خطأ من المضرور بجانب خطأ المسئول ، أى على أساس اشتراكهما فى الخطأ ، انظر السنهورى ، الوجيز فقرة ٢٢٥ ومنصور مذكراته ، ص ١٧٢ •

مشروعية فعله[1] ، ولذا لا يعفى ضابط شرطة من مسئوليته عن أفعاله غير المشروعة اذا قبض على شخص دون استصدار أمر النيابة حيث يجب ذلك ، أو قام بتعذيب متهم ولو كان ذلك بناء على أوامر صريحة من رئيس له ، لان معرفته[2] بواجباته وحدود سلطاته تنفى اعتقاده بمشروعية هذه الاعمال ، ولذا يظل مسئولا عنها .

٤ — أن يثبت الموظف أنه راعى جانب الحيطة فى تنفيذ الاوامر التى وجهت اليه ، بحيث تحدث أقل الضرر ، وأنه بذل جهده فى التأكد من سلامتها .

وواضح من الشروط السابقة أن القانون يضيق الى أقصى حد ، سبل الاعفاء من المسئولية فى هذه الصورة ، بتشدده فى استلزام الحذر والحيطة من جانب الموظف الذى توجه اليه أوامر باتيان الافعال الضارة بالغير .

ويطبق حكم اعفاء الموظف من المسئولية أيضا اذا كان قام بالفعل الضار تنفيذا لما يلتزم به من تطبيق أحكام القانون دون أن تصدر اليه أوامر بذلك من رئيسه ، فاذا كان يعتقد ، بحسن نية وبمبرر يثبته ، أن ما يقوم به هو ما يقضى به القانون وأن اجراءه يدخل فى اختصاصه ، وأنه التزم جانب الحيطة والحذر فى التحرى عن سلامة تصرفه وفى تجنب احداث الضرر للغير ، لم يكن مسئولا عن التعويض، كالموظف الذى يقوم بمثل هذا العمل تنفيذا لامر الرئيس .

---

(١) كما لو امر مفتش الصحة احد الجنود المرافقين له فى خدمة تفتيش باعدام بعض الاطعمة فنفذ امره ، وكان هذا امرا غير مطابق للقانون ، فالجندى لا يسأل عن الاضرار التى تلحق بمالك الاطعمة ، اذا اثبت انه كان يعتقد بسلامة اوامر الطبيب ، ومطابقتها لسلطاته وفقا للقانون .

(٢) وهى معرفة تقتضيها مؤهلات تعيينه فى وظيفته : الشهادة العلمية او اختبار الترقية .

(جـ) حالـة الضرورة :

تنص عليها المـادة ١٦٨ مدنى وهى تقضى بأن « من سبب ضررا للغير ليتفادى ضررا أكبر محدقا به أو بغـيره ، لا يكون ملزمـا الا بالتعويض الذى يراه القاضى مناسبا » .

ومن صياغة هذا النص يتضح أن الافعال التى يأتيها الشخص مضطرا ، ليدفع بها عن نفسه أو عن غيره ضررا محدقا ، أكبر من الضرر الذى يحدث للغير من أفعاله ، هذه الافعال لا تعتبر أعمـالا مشروعة ، لان القانون لا يعفى مرتكبها من المسئولية اعفاء تاما ، بل يخفف من مسئوليته ويجعل للقاضى أن يحكم عليه بالتعويض المناسب أى التعويض الذى يتفق مع ما يمكن أن يلتمس للشخص من عذر فى ارتكاب هذه الافعال[1] .

وعلى ذلك فحالة الضرورة لا تنفى وصف الخطـأ عن الافعـال الضارة التى تهدف الى مواجهتها وان كانت تعتبـر ظروفا قانونيـة مخففة للمسئولية المدنيـة ، من حيث امكان الحـكم بتعويض أقل من الضرر .

ولتوافر حالة الضرورة ، وترتب أثرها السابق ، يلزم أن تتوافر الشروط الآتية :

١ ــ أن يكون هناك خطر محـدق ، أى خطر حال ، يهـدد الشخص أو الغير ، فى نفسه أو فى ماله ، ودون أن يكون مصـدر هذا الخطر هو الشخص الذى تباشر ضـده الافعال التى يراد بهـا

---

(١) ويرى السنهورى ، هامش ٣ ص ٣٢٠ من المرجع السابق ، انه اذا كان الخطر المراد تفاديه بالافعال الضارة ، اشد بكثير من الضرر الذى وقع بهـا ، ولو لم يبلغ الخطر منزلة القـوة القاهرة ، فان حالة الضرورة فى هذه الحال تعفى من المسئولية التقصيرية .

دفع هذا الخطـر والا كانت حال دفاع شرعى يعفى من المسئوليـة كما رأينا[1] •

٢ — أن يهدف الفعل الذى يحدث ضررا للغير الى دفـع ضرر أكبر ، أى أن يكون الضرر المهدد به والذى يراد دفعـه ، أكبر من الضرر الذى يقع من أفعال منع هذا الضرر ، كاتلاف بعض المزروعات فى سـبيل اطفـاء حريق فى منزل ، أو اتلاف سـيارة لتجنب مقتل شخص[2] •

ثانيا : العنصر المعنوى للخطأ :

نسبة الخطأ الى شخص تنطوى على مؤاخذة هذا الشخص أو لومـه ، وهو أمـر لا يمكن أن يوجـه الا لمن يدرك معنى الاخـلال بالواجب ، ولذا يستلزم القانون فيمن ينسب اليه الخطأ ، فتترتب بناء على ذلك مسئوليته عن الاضرار التى يحـدثها للغير ، أن يكون مميزا • وتنص على هـذا الحكم المـادة ١٦٤ مدنى التى تقضى فى فقرتها الاولى بأن « يكون الشخص مسئولا عن أعماله غير المشروعة ؛ متى صدرت منه وهو مميز » • ويترتب على ذلك أن نشوء المسئولية على عاتق الشخص يقتضى أن يكون قد بلغ السابعة من عمـره على الاقل (سن التمييز) ، كما يقتضى ألا يكون مجنونا أو معتـوها ، وألا يكون ، وقت ارتكابه الفعل الضار ، فاقد الادراك لسبب عارض

---

(١) كذلك يجب الا يكون الشخص نفسه هو مصـدر الخطـر الذى يتعرض له ، كمن يشعل النار فى شىء يظن انه للغير لم يتبين أنه له ، فيتلف مال شخص آخر فى سبيل اطفاء النار المشتعلة فى ماله ، اذ تظل مسئوليته كاملة فى هذه الحال ، وانظر الوجيز للسنهورى ، فقرة ٣٣٧ •

(٢) ويلاحظ أن من حق من يضار من فعل الغـير الرامى الى تجنب الخطر ، ان يرجع على من افاد من الضرر الحادث ا‍ـه بانقاذ أمواله ، على أساس الاثراء على حساب الغير ، اذا كان التعويض الذى يحـكم له به القاضى اقل مما يحق له الحصول عليه وفقا لقواعـد الاثراء ، اى لا يبلغ اقل قيمتى الاثراء والافتقار •

كالمرض أو التنـويم المغناطيسى ، أو السـكر أو التخـدير بغـير اختياره[1] .

ويلاحظ أن اشتراط التمييز لقيام المسئولية « التقصـيرية » : لا يمكن أن يوصف بأنه أهلية لهذه المسئولية ، وانما هو شرط لتوافر وصف الخطأ فى الفعل الضار الصادر من شخص من الاشخاص ، ذلك أن الالتزام بالتعويض لا ينشأ من قصـد المسئول الى الالتزام ولذا لا يلزم لنشـوئه توافر شرط سلامـة الارادة الذى يلزم فى التصرف القانونى ، بل يترتب التزامه بحكم القانون على الفعل الضار ان كان خطـأ .

على أن القانون المدنى ، يقرر فى الفقرة الثانية من المـادة ١٦٤ مسئولية جوازية مخففة واحتياطية، على عديم التمييز أن أحدث بفعله ضررا للغير، فينص على أنه « ومع ذلك (أى رغم ما تقرره الفقرةالاولى من نفس المـادة من اشتراط التمييز لقيام المسئولية) اذا وقع الضرر من شخص غير مميز ، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه ، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول ، جاز للقاضى أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل ، مراعيا فى ذلك مركز الخصوم » .

وواضح من هذا النص أن مسئولية عديم التمييز التى يقررهـا القانون ، مسئولية استثنائية من حيث عدم قيامها على الخطأ فالخطأ لا ينسب الا الى شخص مميز، ويمكن القول بأنها تقوم على فكرة تحمل التبعة ، وأنها مسئولية موضوعية أساسها الضرر ، ولكنها مسئولية احتياطية ، فهى لا تقوم الا اذا لم يكن هناك من هو مسئول عن عديم التمييز ممن يتولى رقابته كأب أو وصى أو قيم أو غيرهم ، أو اذا نفى متولى الرقابة مسئوليته عن فعل عديم التمييز (وفقا لحكم الفقـرة الثالثة من المـادة ١٧٣ مدنى)[2] ، أو حتى ان ثبتت مسئولية متولى

---

(١) اما اذا كان السكر او التخدير بخطا منه ، اى اذا كان تعاطى المسكر او المخدر مختارا وبلا مبرر فانه يسأل مسئولية كاملة .

(٢) أى اذا اثبت انه قام بواجب الرقابة كما يجب ، أو ان الضرر كان لابد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية .

الرقابة ولكن المضرور لم يستطع أن يحصل منه على التعويض لاعساره، وهي دن ناحية أخرى مسئولية جوازية ، للقاضي أن يرفض الاخذ بها اذا قدر أن مصالح عديم التمييز تتأثر تأثرا واضحا بالزامه بالتعويض ، ثم هو لا يلتزم ، ان أخذ بها ، أن يقضي بتعويض مساو للضرر الحادث للغير ، بل يستطيع ، وفقا لنص القانون ، أن يقدر التعويض تقديرا يراعى فيه ظروف الطرفين ، فلو كان عديم التمييز ثريا والمضرور فقيرا والضرر جسيما ، يستطيع أن يحكم بتعويض كامل ، على خلاف الحال فيما لو كان الضرر يسيرا والمضرور غير فقير ، وعديم التمييز غير بالغ الثراء ، فقد يعفيه من الالتزام بالتعويض أو يحكم عليه بتعويض يقل عن الضرر ، ليجعل هذا التعويض ، كما يقول النص ، تعويضا عادلا •

١٠٦ ـ أنواع الخطأ وصوره :

الخطأ هو كل سلوك يعتبر انحرافا عن سلوك الشخص العادي ، كما رأينا ، وهذا الانحراف يكون واضحا لا لبس فيه اذا كان الفعل ينطوي على قصد احداث الضرر بالغير أي اذا كان الخطأ عمدا • وهو يكون في مثل هذا الوضوح في بعض صور الخطأ غير العمدي اذا كان الخطأ جسيما ، كما في حال من يقود سيارته وهو ثمل أو مخدر ، أو دون أن تكون وسائل ايقافها عن السير (الفرامل) صالحة للعمل وهو عالم بذلك • وعلى العكس من ذلك يدق الحكم على السلوك بأنه خطأ أو صواب ، اذا كان الانحراف يسيرا ، أي في حالات الخطأ اليسير •

وكل أنواع الخطأ : العمدي والجسيم واليسير ، كلها سواء في ترتب الالتزام بتعويض الضرر الحادث عن أي منها ، ولكن القانون يضع في بعض الاحوال ، أحكاما خاصة للخطأ العمدي والخطأ الجسيم ، مما يقتضي تعريف كل منهما والاشارة الى أهم هذه الاحكام •

الخطــأ العمــدى :

الخطأ العمدى هو السلوك الذى ينطوى على قصد احداث الضرر بالغير ، فلا يكفى لوصف السلوك بأنه خطأ عمدى أن يقصد الشخص الى هذا السلوك ، بل يجب أن يهدف منه ، قاصدا ، الى احــداث الضرر بالغير ، فتعمد الاسراع فى قيادة السيارة ، اذا تسبب ذلك فى اصابة أحد المــارة ، لا يجعل خطأ السائق عمديا ، فهو لا يكون كذلك الا اذا تعمد السائق اصابة المــارة .

والاحكام الخاصة بالخطأ العمدى منها ، أنه لا يجوز الاتفاق على الاعفاء من المسئولية العقدية فى حال الخطأ العمدى (أو الجسيم ، المــادة ٢١٧ — ٣ مدنى) ، وفى المسئولية العقدية لا يكون التعويض الا عن الضرر المتوقع وقت التعاقد ، الا فى حال العمد (أو الخطــأ الجسيم) حيث يلتزم المتعاقد بتعويض الضرر المتوقع وغير المتوقــع (المــادة ٢٢١ — ٢ مدنى) كما أن المــادة ٧٦٨ — ٢ مدنى تقرر عدم جواز التأمين من الحريق عن الاضرار التى يحدثها المؤمن له عمــدا أو غشا ، ولا يجوز كذلك التأمين على المسئولية عن الخطأ العمدى(١) .

الخطــأ الجســيم :

يعرف الخطأ الجسيم عادة بأنه الخطأ الذى لا يتصــور وقوعه الا من شخص عديم الاكتراث ، أو الخطأ الذى لا يرتكبه الا أقــل الناس حيطة(٢) ، وهو بذلك لا يختلف عن الخطأ العادى الا فى قدر

---

(١) ومن الاحكام التى ترتبط بالخطأ العمدى ايضا انه اذا حــدث الضرر نتيجة خطأ شخصين وكان احدهما خطأ عمديا ، فان الضرر يعزى الى الخطأ العمدى وحده ليعتبر صاحبه وحده مسئولا عن التعويض ، اى ان الخطأ العمدى يجب الخطأ غير العمدى ، فى تقدير توافر رابطة السببية بين الخطأ والضرر ، عند تعدد الاخطاء المسببة للضرر .

(٢) ويفرق بعض الفقه بين نوعى الخطأ ، اليسير والجسيم ، على اساس احتمال وقوع النتيجة الضارة ، فان كان ذلك فى مجال الاحتمــال العادى للفعل الضار ، كان خطأ عاديا او يسيرا ، اما اذا كان وقوع هذه النتيجة هو الاحتمال الاغلب ، فهو خطأ جسيم .

الاهمال الذى ينسب الى مرتكبه ، ولا يمكن أن توضع ضوابط محددة للتفرقة بين اهمال جسيم واهمال يسير ، ولذا فالامر فى وصف الخطأ بأنه جسيم أو يسير ، يرجع الى القضاء الذى يحكم على كل حال وفقا لظروفها •

والخطأ الجسيم يلحق بالخطأ العمدى فى كثير من أحكامه الخاصة ، فالخطأ الجسيم كالعمد من حيث عدم جواز الاعفاء من المسئولية العقدية عنه ، وكذا من حيث أنه يؤدى الى التزام المتعاقد بالتعويض عن الضرر المتوقع وغير المتوقع ، كما رأينا • ومن ناحية أخرى فقد ربط القانون قيام المسئولية عن التعويض ، فى بعض الصور ، بتوافر خطأ جسيم من المسئول ، من ذلك ما تقرره المادة ٢٤ من قانون الولاية على المال من أن الاب لا يسأل باعتباره وليا على ولده ، عما يحدثه من ضرر لهذا الولد ، الا اذا ارتكب خطأ جسيما ، وكذا ما يقضى به قانون العمل من أن صاحب العمل لا يلتزم بتعويض العامل عن اصابته ، بالاضافة الى ما يستحقه العامل من تعويض وفقا لنظام التأمينات الاجتماعية ، الا اذا كان خطأ رب العمل جسيما •

أمثلة للخطأ :

لم تعد حالات نشوء المسئولية المدنية محصورة فى صور خاصة كما كانت الحال فى القوانين القديمة ، وانما أصبح كل فعل يمكن وصفه بأنه خطأ ، مؤديا الى نشوء هذه المسئولية ، ولذا فان ذكر صور للخطأ لا يعدو أن يكون أمثلة للخطأ يمكن أن تضاف اليها كل الصور الاخرى التى تظهر فى الحياة العملية •

ومن أبرز صور الخطأ وأكثرها شيوعا الجرائم التى تحدث ضررا للاشخاص ، سواء أوقعت على النفس أم على المال ، كالقتل والجرح والضرب والسرقة ، والنصب وغيرها •

وقد أدت كثرة استخدام وسائل النقل الآلية ، وخصوصا سيارات ، الى وقوع كثير من الاضرار نتيجة الاخطاء فى استخدامها. ومن صور الاخطاء فى استعمال السيارات قيادتها بسرعة زائدة عن حدود اللوائح أو الحدود التى تفرضها ظروف المكان والزمان ، أو استعمالها دون توافر وسائل الامان فيها ، أو عدم التزام قواعد المرور فى قيادتها ، أو عدم تنبيه المارة على الاقدام من خطرها ، أو ازعاجهم بآلات تنبيه عالية الصوت تؤدى الى وقوع أضرار لهم .

ومن صور الافعال الضارة المنطوية على خطأ أيضا : السب والقذف عن طريق النشر أو البلاغ الكاذب أو التشهير ولو أثناء مرافعة فى احدى الدعاوى ؛ وكذا الاجراءات القضائية الكيدية والمنافسة التجارية غير المشروعة باتخاذ علامات للسلع مماثلة لعلامات أخرى لسلع أكثر جودة أو أكثر رواجا ، أو تقليد الاسم التجارى ، وغير ذلك(١) .

ومن صور الاخطاء أيضا التعسف فى استعمال الحق ، الذى نصت عليه المادة ٥ من القانون المدنى التى تقضى بأن « يكون استعمال الحق غير مشروع فى الاحوال الآتية :

(أ) اذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير .

(ب) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها .

(جـ) اذا كانت المصالح التى يرمى الى تحقيقها غير مشروعة(٢).

---

(١) وفسخ الخطبة ، ولو بغير مبرر ظاهر ، لا يعتبر بذاته خطأ ، ولكن قد يسأل الخاطب عن تعويض الاضرار الناجمة عن اخطاء مصاحبة لقيام الخطبة او فسخها ، انظر مؤلفنا عن الاحوال الشخصية لغير المسلمين ، طبعة ١٩٧٣ ص ١٠٨ وما بعدها .

(٢) انظر فى معنى التعسف فى استعمال الحق ومعياره وجزائه ، مؤلفنا عن اصول القانون ، فقرة ١٥٨ ، والوجيز السنهورى فقرة ٣٤٩ وما بعدها .

ونكتفى بهذه الامثلة ، ذاكرين مرة أخرى أن الصور الواقعية للخطأ لا يمكن حصرها ، وانما يتوافر وصف الخطأ فى أى فعل ينطبق عليه معيار الخطأ الذى سبق بيانه •

٢ ــ الضـــرر

١٠٧ ــ معنى الضرر وشروطه :

حدوث ضرر نتيجة للعمل غير المشروع ، ركن أساسى لقيـــام المسئولية عن التعويض ، بل انه لا يتصور أن يكون هناك « تعويض » الا اذا ثبت وقوع الضرر ، ولذا ان أمكن قيام المسئولية المدنية فى بعض الاحيان دون اشتراط لثبوت الخطأ فى الفعل الضار ، فلا يتصور قيام مسئولية بلا ضرر •

والضرر هو الاذى الذى يصيب مال المضرور أو نفسه ، أى هو المساس بمصلحـــة للمضرور ، سواء أكانت هذه المصلحـــة مالية ، ويوصف الضرر عندئذ بأنه ضرر مادى ، أم كانت مصلحـــة معنوية أو أدبية ويوصف الضرر عندئذ بأنه معنوى أو أدبى •

وليس من اللازم أن يتمثل الضرر فى الاخلال بحق المضرور ، بل يكفى أن يكون اخلالا بمصلحة لا ترقى الى مرتبة الحق ، على أن تكون مصلحة مشروعة ، ولذا فان اصابة شخص اصابة تؤدى الى موته بخطأ شخص آخر ، تجعل لمن كان يتلقى عونا ماليا يحتـــاج اليه ، من القتيل (دون أن يكون القتيل ملتزما بالانفاق عليه) ، أن يرجع على المسئول عن الوفاة بتعويض ما فقده من عون مادى • ولكن ان كانت المصلحة غير مشروعة فلا حق لمن أضـــير فيها أن يرجع على المسئول بالتعويض ، لان فقدانها لا يعد من الاضرار المعتبرة قانونا ، ولذا فليس لامرأة تعاشر رجلا بلا زواج ، أن تطلب تعويضا من قاتله عما خسرته من انفاقه عليها •

والضرر لا يعنى الخسارة أو الاذى الذى يلحق المضرور فى ماله أو فى نفسه ، وحده ، وانما يشمل أيضا ما يفوت عليه من كسب بسبب الفعل الضار الذى يصدر من المسئول ، فاذا حطم شخص لآخر ، بخطئه ، شاحنة أو سيارة أجرة ، التزم بنفقات اصلاحها أو استبدال غيرها بها (الخسارة اللاحقة) ، كما يلتزم بما كان صاحبها يحصل عليه بها من ربح فى فترة تعطلها للاصلاح (الكسب الفائت) ، وهكذا الحال فى كل ضرر آخر يقع على النفس أو المال .

الضرر المحقق :

ويشترط فى الضرر الذى يلزم المسئول بتعويضه أن يكون ضررا محققا ، والضرر يكون محققا اذا كان قد وقع فعلا أو كان واقعا حتما فى المستقبل ، فتحقق الضرر لا يستلزم أن يكون هذا الضرر حالا ، بل يمكن أن يكون مستقبلا مادام مؤكد الحدوث(١) ، فمن يصاب بعاهة هى فقد عضو من أعضائه يقع له ضرر حال يتمثل فى فقد العضو وما ترتب على ذلك من علاج وما صاحبه من ألم ، ويقع له ضرر آخر محقق وان كان غير حال ، هو عجزه نتيجة العاهة عن ممارسة حرفته وعدم قدرته على الكسب كليا أو جزئيا .

أما ان كان وقوع الضرر مجرد احتمال ، لم يكن ضررا محققا ولم يدخل ، لذلك ، فى نطاق الاضرار التى يلزم المسئول بتعويضها(٢) ، فمن يتسبب بالاعمال التى يقوم بها فى أرضه فى تصدع بعض حوائط جاره، يكون ملتزما بتعويضه عن اصلاح هذا التصدع، أما ما يحتمل من انهيار المنزل نتيجة للتصدع فليس ضررا محققا يدخل فى حساب التعويض ، وكذا دفع امرأة حامل وسقوطها قد يؤدى الى اصابتها بأضرار تستحق عنها التعويض ، ولكن لا يدخل فى حساب الاضرار احتمال اجهاضها مادام ذلك لم يحدث فعلا .

---

(١) نقض ١٩٧٧/٢/٨ فى الطعن رقم ٤٨٥ السنة ٤٢ ق . ونقض ١٩٦٥/٦/١٠ فى الطعن رقم ٣٢٥ السنة ٣٠ ق .

(٢) نقض ١٩٦٥/٥/١٣ فى الطعن رقم ٢٥ السنة ٢٩ ق .

على أنه يلاحظ أن تفويت فرصة من الفرص على شخص ، بالحيلولة دون مشاركته فى اختبار أو مسابقة أو ترشيح ، لكسب مادى أو أدبى ، يعتبر ضررا محققا ، ولو لم يكن الكسب مضمونا فى الاختبار أو المسابقة أو الترشيح ، فاذا حجز شخص آخر بغير وجه حق فتأخر عن مسابقة أو امتحان ، او قصر فى اخطاره بموعد عقد أيهما فلم يحضره ، أو أبعده باجراء خاطىء عن مجال الترشيح لمنصب أعلى مما هو فيه ، كل هذا يؤدى الى الحاق ضرر محقق بالشخص هو فوات فرصة التقدم للامتحان أو المسابقة أو الترشيح لمنصب أعلى مما هو فيه ، وان كان مدى الضرر الذى يلحقه لا يمكن تقديره الا على ضوء احتمالات نجاحه فى المسابقة أو الامتحان أو فوزه بما يرشح له من مناصب أعلى ، ولذا فان تقدير التعويض الذى يستحق له ، تراعى فيه هذه الاحتمالات(١) .

الضرر المادى والضرر الادبى :

لا يقتصر الضرر كما أشرنا من قبل ، على ذلك الذى يلحق المصالح المالية ، وانما يشمل أيضا الاخلال بالمصالح المعنوية والادبية أى أن الضرر كما يكون ماديا ، يكون أدبيا . والضرر المادى يتمثل فى فقدان مال من الاموال أو الاضطرار الى انفاق مال لم يكن المضرور مضطرا الى انفاقه ، أو الحرمان من كسب الاموال . أما الضرر الادبى فيتمثل فى الالم النفسى الذى يشعر به المضرور ، وقد يكون ذلك من اصابة مادية تلحق بجسمه كالجروح والكسور والتشويه الذى يصيبه منها(٢) ، أو من القذف والتشهير مما يصيب

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بان تفويت الفرصة فى الترقية بسبب احالة الموظف الى المعاش ، بغير حق ، عنصر من عناصر الضرر الموجب للتعويض عنه ، الطعن ٣٠٠ السنة ٢٦ ق ، جلسة ١٩٦٦/٣/٢٩ ، كما قضت فى الطعن ٢٠٣ السنة ٣٠ ق بتاريخ ١٩٦٥/٤/٢٩ ان تفويت الفرصة فى الكسب ضرر محقق يجب التعويض عنه .

(٢) بجانب ما تؤدى اليه مثل هذه الاصابات من اضرار مالية ، كنفقات العلاج أو العجز عن الكسب ، وقد يترتب الضرر الادبى على تاثر
=

الشخص فى كرامته واعتباره ، كما يتمثل الضرر الادبى فى الحزن الذى يصيب الشخص لفقد عزيز ، كموت الزوج أو الولد أو الاخ .

وقد كان اتجاه الرأى فى البداية ، الى عدم اعتبار الضرر الأدبى فى تقدير ما يلتزم بـه المسئول من تعويض عن فعله الضار ، على أساس أن الضرر الادبى أذى معنوى (شعور أو احساس) لا يمكن جبره بالمال ، كما أنه يختلف من شخص الى شخص بالنسبة للفعل الواحد مما يؤدى الى اختلاف تقدير التعويض عنه من حال الى حال أخرى رغم ما يكون هناك من اتفاق فى ظروفهما الموضوعية ، مما يجعل التقدير تحكميا(١) ، ولكن الرأى مستقر فى الوقت الحاضر(٢) على جواز التعويض بالاموال عن الضرر الادبى ، على أساس أنه وان كان هذا التعويض لا يرفع الالم فهو يمثل ترضية قد تخفف منه ، كما أن الزام المسئول بتعويض الضرر الادبى هو الذى يجعل للاعتداء على القيم المعنوية جزاء يحمى الناس من هذا الاعتداء . أما صعوبة تقدير التعويض المستحق عنه فأمر يمكن التغلب عليه على أى حال .

وقد عنى القانون المدنى المصرى الحالى بأن ينص على جواز التعويض عن الضرر الادبى فى المادة ٢٢٢ التى تقضى بأن : « ١ — يشمل التعويض الضرر الادبى أيضا ، ولكن لا يجوز فى هذه الحالة أن ينتقل الى الغير الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء .

= الشخص من مجرد الاعتداء على حقوقه المالية بصرف النظر عن الآثار المادية لهذا الاعتداء ، كدخول ملك الغير رغم اعتراضه ، وانظر الوجيز للسنهورى ، فقرة ٣٦١ .

(١) بالاضافة الى النظر الى الحصول على تعويض مالى عن الضرر الادبى على انه استفادة مادية من القيم المعنوية ، تنافى الاخلاق .

(٢) فى الفقه والقضاء فى فرنسا ، وفى مصر قبل القانون الحالى الذى نص على التعويض عن الضرر الادبى .

٢ — ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض الا للازواج والاقارب الى الدرجة الثانية ، عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب » •

وهذا النص يتضمن فى الفقرة الاولى حكما عامـا للتعويض عن الضرر الادبى ، هو أنه لا يمكن نقل الحق فيـه الى غير المضرور ، أى الى الخلف العام (ورثة المضرور بعد وفاته) أو الى أى شخص آخر يتم النزول له عن الحق فى التعويض ، الا اذا كان هناك اتفاق بين المسئول والمضرور على تقدير هذا التعويض (وهذا الاتفاق يتضمن بالضرورة تسليما من الملتزم بالتعويض ، بمسئوليته) ، أو اذا كان المضرور (ضررا أدبيا) قد لجأ الى القضاء مطالبا بالتعويض ، أى اذا كان قد رفع الدعوى الى القضاء مطالبا به •

أما الفقرة الثانية من المـادة ٢٢٢ فتضع حكم صورة خاصة من الضرر الادبى ، هى حال الحزن الذى يصيب شخصـا بسبب موت شخص آخر ، وهى تقصر الحق فى طلب التعويض عن هذا الحزن ، على زوج المتوفى ، وعلى أقاربه ، قرابة النسب(١) ، حتى الدرجة الثانية كالاب والجد والابن وابن الابن والاخ والاخت • ونحن نعتقد أن هذا النص يقصر حق طلب التعويض عن الحزن لمـا ينزل بالغير ، على حال الوفاة ، دون غيرها من الاصـابات ، وبالنسبة للاشخاص الذين يحددهم ، ولا يجيز طلب التعويض لهذا السبب ، فى أية صورة أخرى للتألم لمـا يحل بالغير •

الضرر المبـاشر :

ويلاحظ أخيرا أن الضرر الذى يجب على المسئول أن يعوضه ، هو الضرر المباشر ، والضرر المباشر هو الضرر الذى تقوم بينه وبين الفعل الضار علاقة السببية ، ولذا فان معناه لا يتبين الا بدراسـة الشرط الثالث للمسئولية وهو علاقة السببية •

---

(١) والقرابة تشمل قرابة النسب وقرابة المصاهرة ، ولكن الفقـه يقصر للحق على اقارب النسب • الوجيز للسنهورى ، فقرة ٣٦٢ •

٣ ـ علاقة السببية بين الضرر والخطأ

١٠٨ ـ ضرورة توافر السببية ، ومعناها :

توافر السببية بين الخطأ والضرر ، يعنى ضرورة ترتب الضرر على الخطأ ، حتى يكون المخطىء مسئولا عن تعويضه ، وهو شرط بدهى لقيام المسئولية ، ومع ذلك فقد نص عليه القانون فى المادة ١٦٣ مدنى التى تضع المبدأ العام للمسئولية ، فهى تقضى بأن « كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض » فالنص يشترط توافر السببية بقوله ان الخطأ الذى يسبب الضرر هو الذى ينشأ عنه الالتزام بالتعويض ، كما أن المادة ٢٢١ ـ ١ من القانون المدنى تتناول رابطة السببية ببيان معناها فى حال الاخلال بالالتزام وذلك فى نصها على أن التعويض يكون عن الضرر الذى يعتبر « نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر فى الوفاء به .. » فالضرر الذى يعوض عنه يجب أن يكون مترتبا (نتيجة طبيعية) على الخطأ ، أى على عدم الوفاء أو التأخر فيه ، حتى يكون واجب التعويض .

والمطالب بالتعويض على أساس المسئولية يجب عليه أن يقدم الدليل على توافر رابطة السببية بين ما وقع له من ضرر وبين الخطأ الذى يعزوه الى المسئول ، على أساس أنه يلتزم باثبات جميع أركان الحق الذى يطالب به[1] ، ولكن عبء اثبات رابطة السببية ليس عبئا ثقيلا فى أكثر الاحيان ، لوضوح السببية بين الخطأ والضرر وضوحا

---

(١) وفقا للقاعدة العامة فى الاثبات التى تقضى بأن على المدعى اثبات ما يدعيه . والمادة ٢١٥ مدنى التى تشير الى ان عدم الوفاء بالالتزام يؤدى الى الزام المدين بالتعويض عن الضرر المترتب على ذلك ، ما لم يثبت ان عدم التنفيذ يرجع الى سبب اجنبى لا يد له فيه ، هذه المادة لا تعفى المطالب بالتعويض من اثبات رابطة السببية ، بل تفترض ثبوت الخطأ وكذلك ثبوت رابطة السببية بينه وبين الضرر من مجرد عدم الوفاء او التاخر فيه ـ وانظر اسماعيل غانم ـ احكام الالتزام ، طبعة سنة ١٩٦٧ ، فقرة ٣٦ .

لا يحوج الى أى جهد فى اثباتها بعد اثبات الخطأ والضرر • ولكن ، على أى حال ، ان لم تكن السببية واضحة ولم يتمكن المطالب بالتعويض من اثباتها ، لا يمكن التسليم بمسئولية من يعزى اليه الفعل مادامت صلة هذا الفعل بالضرر الواقع غير ثابتة •

ولكن القول بتوافر علاقة السببية بين الضرر والخطأ تبدو صعوبته فى بعض الصور ، ذلك أن خطأ الشخص قد لا يكون وحده العامل المؤدى الى حدوث الضرر ، بل قد تقوم معه عوامل أخرى ، أو أخطاء أخرى أسهمت فى احداثه ، فيثور التساؤل عما اذا كان الضرر يعزى الى كل الاخطاء والعوامل التى أسهمت فى وقوعه ، أو يختار من بينها ما يعتبر أقواها أثرا ، ليعتبر وحده السبب فى الضرر•

واذا طلب التعويض من شخص على أساس توافر علاقة السببية بين خطئه والضرر الحادث ، فانه يجوز لمن يطلب منه التعويض على أساس المسئولية ، أن ينفى رابطة السببية بين الخطأ المعزو اليه وبين الضرر الحادث ، ويكون ذلك بأن يبين أن النتيجة الضارة لا ترجع الى خطئه وانما الى أمر أجنبى لا يد له فيه ، الى قوة قاهرة أو الى خطأ شخص آخر أو الى خطأ المضرور نفسه ، أى يجوز له أن ينفى رابطة السببية عن طريق اثبات العوامل الاخرى التى تسببت فى الضرر ، دون خطئه هو ، كما يجوز له أن ينفى رابطة السببية بين خطئه والضرر المطلوب التعويض عنه (أو على الاقل بعض الاضرار ، المطلوب التعويض عنها) ، عن طريق اثبات أن هذا الضرر ليس نتيجة طبيعية أو مباشرة للخطأ المنسوب اليه ، وانما هو نتيجة بعيدة منبتة الصلة بالفعل الضار المنسوب اليه •

ولذلك يبدو من الضرورى فى كلامنا عن علاقة السببية ، أن نشير الى كل هذه المسائل ، فنتكلم أولا عن ضوابط اقامة علاقة السببية بين الخطأ والضرر عند تعدد الاخطاء ، ثم عن نفى هذه العلاقة ، عن

طريق اثبات السبب الاجنبى ، وأخيرا نتكلم عن مدى توافر السببية بين الخطأ والضرر عند تسلسل الاضرار أو تعاقبها •

١٠٩ — أولا — تعدد الاخطاء وتحديد سبب الضرر :

قد تتعدد الاسباب التى تتدخل فى احداث الضرر ، فهل تتقوم رابطة السببية بين الضرر وكل هـذه الاسباب ، بحيث يعتبر كل من يعزى اليه سبب منها مسئولا عن حـدوث الضرر ، أم يحـدد سبب واحد منها (أو عدة أسباب) يعتبر سبب الضرر ، ويسأل من ينسب اليه عن تعويضه ؟

ظهر رأى فى الفقه يذهب الى أنه اذا تعددت الوقائع التى ينتج عنها الضرر ، فكل واقعة من هذه الوقائع : اذا أمكن اعتبارها ذات دور فى حدوث الضرر ، تعد سببا له وتكفى وحدها لاعتبار من صدرت منه مسئولا • وتكون الواقعة ذات دور فى حدوث الضرر اذا تبين أنها لو تخلفت لـما وقع الضرر • فهذا الرأى يجعل من كل واقعة تسهم فى احداث النتيجة الضارة ، بحيث لو تخلفت لـما وقع ، سببا لهذا الضرر ، أى تقوم علاقة السببية بينها وبينه ، ويكون من تعزى اليـه مسئولا عن تعويضـه ، ومن الممكن لذلك أن يتعـدد هؤلاء المسئولون ، مع تعدد الوقائع التى تشارك ، بالمعنى السابق ، فى احداث الضرر اذ ينسب الى كل منهـا ، على أساس التسـاوى أو التكافؤ ، حـدوث النتيجة الضـارة ، وهـذه هى نظـرية « تكافؤ الاسباب »(١) •

ولكن رأيا آخر يذهب الى ضرورة حصر السببية فى الواقعة التى تؤدى ، وفقا للمألوف ، الى حدوث الضرر ، أى الواقعـة التى من شأنها أن تحدث هذا الضرر بحسب المجرى العادى أو الطبيعى للامور ،

---

(١) Théorie de l'équivelence des conditions ، وهى نظرية توسع من معنى السببية •

فلا يكفى ، وفقا لهذه النظرية الثانية ، لتحقق المسئولية عن الضرر ، أن يكون خطأ شخص من الاشخاص قد أسهم فى وقوع الضرر (بمعنى أنه لو لم يقع الخطأ لما حدث الضرر) ، بل يجب ألا يكون حدوث الضرر ناتجا عن وقائع أخرى خاصة طرأت بعد وقوع هذا الخطأ ، فأدت الى حدوث الضرر ، والا كان الضرر معزوا الى هذه الوقائع التالية دون الخطأ السابق عليها • وتسمى هذه النظرية نظرية السبب المنتج أو السبب الفعال[1] •

ويرى البعض[2] أن عبارة المادة ٢٢١ — ١ من القانون المدنى المصرى فى نصها على أن التعويض يجب عن الضرر الذى يكون « نتيجة طبيعية لعدم الوفاء أو التأخر فيه » ، انما تؤيد الاخذ بنظرية السببية الفعالة أو المنتجة ، وأنها النظرية التى يميل أغلب الفقه فى فرنسا وفى مصر الى الاخذ بها ، باعتبارها أساسا صالحا لتأصيل كثير من أحكام القضاء •

ويمكن ضرب مثل يظهر فيه الفرق بين تطبيق كل من النظريتين فى تحديد السببية بالفرض الآتى : مسافر يتفق مع صاحب سيارة أجرة على أن ينقله الى محطة القطار فى موعد يمكنه من أخذ قطار معين ، فيتأخر صاحب السيارة ويصل المسافر الى المحطة متأخرا بعد قيام القطار الذى كان ينوى السفر فيه ، فيستقل القطار التالى الى وجهته ، ولكن هذا القطار الثانى تقع له حادثة يصاب فيها المسافر • فضرر الراكب (بالاصابة) ما كان ليقع له لولا تأخر سائق السيارة وفوات قطاره الاصلى ، وتأخر السائق بهذا المعيار يصبح سببا للضرر ، وفقا لنظرية تساوى الاسباب • أما وفقا لنظرية السبب المنتج أو الفعال فان ضرر الراكب فى حادث القطار ليس نتيجة طبيعية

---

(1) Théorie de la causalité adéquate

(2) اسماعيل غانم ، المرجع السابق ، فقرة ٣٧ والوجيز للسنهورى ، فقرة ٣٧٨ •

ووفقا للمألوف لخطـأ سائق السـيارة ، فالضرر لم يترتب الا على الاسباب الخاصة التى أدت الى وقوع الحادث للقطار الثانى ، ولذا لا تقوم السببية بين خطأ سائق السيارة واصابة راكب القطار[١] . بل يبحث عنها فى أسباب حادثة القطار .

١١٠ـ ثانيا ـ نفى رابطة السببية باثبات السبب الاجنبى :

قد يثبت أن فعل شخص من الاشخاص قد أدى الى حدوث ضرر للغير ، ولكنه لا يسأل مع ذلك عن تعويض هذا الضرر الذى حـدث للغير ، وذلك رغم أن الفعل المحدث للضرر تتوافر له عنـاصر وصفه بأنه خطأ ، ورغم أن ظاهر الحال يشير الى ترتب الضرر على هـذا الخطأ ، ويكون تخلص مرتكب هذا الفعل من المسئولية رغم توافر الخطأ فى حقه ، عن طريق اثبات أن ترتب الضرر على فعله لم يكن الا نتيجة لوقائع أو ظروف أخرى . لم يكن يملك بالنسبة لهـا شيئا ،

---

(١) اسماعيل غانم المرجع السابق ، فقرة ٣٥ .

ويمكن ضرب مثل آخر يظهر فيه الفرق بين النظريتين فى تحديد رابطة السببية ، فى الفرض الآتى : شخص يبنى عمارة فيشغل الطريق أمـام موقع البناء بأكوام من المواد والاتربة لا تترك من الطريق للمرور الا جـزءا ضيقا ، مخالفا فى ذلك حدود الترخيص الممنوح له لشغل الطريق وتمر فى هذا الطريق سيارة يقودها سائق ارعن بسرعة كبيرة ، فيدهم فى الجزء الضيق من الطريق مارا مهملا كان مشغولا بالنظر فى صحيفة اثناء سيره فى الطريق . ففى هذا المثل كل واقعة من الوقائع السابقة ، شغل الطريق على خلاف اللوائح ، ورعونة سائق السيارة وسرعته ، واهمال السائر على قدميه ، اخطاء « لولاها لمـا حـدث الضرر » ، وهى لذلك تعـد اسبابا له وفقا لنظرية تساوى الاسباب ، اما فى الراى الثانى فان خطـأ شاغل الطريق لا يؤدى بطبيعته ، ووفقا للمألوف ، الى حدوث هـذا الضرر ، فالضرر المـألوف هو تعطل المرور أو الاصطدام بالمواد المشونة ، اما الخطأ الذى يؤدى عادة اليه فهو قيادة السيارة بسرعة ورعونة رغم ضيق الطريق ووجود المـارة فيه (ويمكن أن يعتبر اهمـال المـار على قدميه سببا منتجا آخر للضرر الذى حدث له ، ويكون هناك عنـدئذ خطأ مشترك) .

وأنها هى صاحبة الدور الحقيقى فى حدوث الضرر ، فينفى بذلك مسئوليته ، ولو مع ثبوت خطئه ، عن طريق نفى علاقة السببية ، باثبات حدوث الضرر نتيجة لسبب آخر لا يد له فيه ، وهذا السبب الآخر يسمى السبب الاجنبى •

وتنص المادة ١٦٥ مدنى على هذا الحكم ، فتقضى بأنه « اذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبى لا يد له فيه ، كحادث مفاجىء أو قوة قاهرة ، أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك » ؛ فالسبب الاجنبى كما يحدده النص ، اما أن يكون : (١) قوة قاهرة أو حادثا فجائيا أو (٢) خطأ من المضرور أو (٣) خطأ من الغير • ونرى معنى كل سبب منها •

١ — القوة القاهرة أو الحادث الفجائى :

القوة القاهرة والحادث الفجائى ليسا شيئين مختلفين كسبب لنفى رابطة السببية بين الضرر والخطأ . ذلك أن القوة القاهرة هى الواقعة التى لا يكون فى طاقة الشخص أن يدفعها أو أن يمنع أثرها ، والحادث الفجائى هو الواقعة التى لا يمكن توقعها • والواقعة التى تؤدى الى قطع علاقة السببية بين الخطأ والضرر يجب أن يتوافر فيها الامران ، أى أن تكون غير ممكنة الدفع وغير متوقعة(١) ، فالمقصود بالقوة القاهرة أو الحادث الفجائى هو الواقعة التى يتعذر على الانسان دفعها والتى لا تتوقع عادة(٢) ، والتى يمكن اسناد الضرر

---

(١) انظر اشارة الى محاولة التفرقة بين القوة القاهرة والحادث الفجائى ، ورفض هذه التفرقة ، فى الوجيز للسنهورى ، فقرة ٣٦٦ .

(٢) وعدم التوقع لا يقدر بالنظر لشخص بذاته ، بل يقدر بالنظر لشخص حريص بالغ الحذر ، فالمعيار موضوعى ، لا يكتفى فيه بحذر الشخص العادى ، بل يطلب معيار الشخص الحذر ، المرجع السابق ، فقرة ٣٦٧ .

الحادث للغير ، اليها ، رغم ما يمكن نسبته من خطأ الى شخص من الاشخاص •

وعلى ذلك لو كان صاحب سيارة يسافر مع بعض أصـــدقائه ، ويقود سيارته بسرعة زائدة[1] فى طريق على جانبيه أشجار ضخمة ، وأثناء سير السيارة سقطت عليها شجرة فحطمتها وأصابت أو قتلت بعض رفقاء السفر ، لا يكون الناقل مسئولا ، رغم خطئه بالاسراع، لا نالضرر حدث من الواقعة التى تعد قوة قاهرة (أو حادثا فجائيا) وهى سقوط الشجرة على السيارة • ولو كان شخص يطارد آخـــر بقصد الاعتداء عليه (وهذا خطأ) فهرب منه الى مكان سقطت عليـــه فيه صاعقة فقتلته ، لا يكون مصرع هذا الشخص معزوا الى خطـــأ المطارد ، بل يكون سببه القوة القاهرة •

والقوة القاهرة أو الحادث الفجائى ، كثيرا ما تكون سببا للاعفاء من المسئولية العقدية ، فالحرب قد تؤدى الى عدم مسئولية المتعاقد الذى لم ينفذ التزامه أو لم ينفذد فى الموعد المتفق عليه ، وتشبهها فى الاثر الكوارث الاخرى ، كالزلازل والفيضانات المغرقة والعواصف والاضرابات وغير ذلك •

٢ ـ خطـــأ المضرور :

أشرنا فيما سبق الى أثر تعدد الاخطاء المحدثة لضرر على تحديد رابطة السببية بينها وبين الضرر ، ولكننا لم نتناول ، بصفة خاصة ، فرض صدور خطأ من المضرور نفسه ، كان له دور فى حدوث الضرر . ولذا نتعرض هنا لهذه الصورة لنرى أثر خطأ المضرور على مسئوليـــة شخص آخر ارتكب خطأ ساهم فى وقوع الضرر •

والخطأ الصادر من المضرور قد يكون أكثر أهميـــة فى حـــدوث الضرر ، من خطأ الشخص الآخر ، بشكل واضح ، بحيث لا يمكن

---

(١) او ببطء زائد ، وهذا هو الخطأ الذى ينسب اليه .

أن يعزى الضرر الا الى خطأ المضرور ؛ فيقال فى هذه الحال ، ان خطأ المضرور يستغرق خطأ الآخر ، الذى يعفى عندئذ من المسئولية ، على أساس انتفاء رابطة السببية بين خطئه وتحقق الضرر • وقد يكون خطأ من ينسب الضرر الى فعله هو الذى يستغرق خطأ المضرور، فلا ينظر الى خطأ المضرور ، وتقوم مسئولية الشخص الآخر كاملة ، على أساس قيام رابطة السببية بين خطئه ووقوع الضرر ؛ وفى فرض ثالث قد يتساوى دور خطأ كل من المضرور والغير ، فى احداث الضرر ويقوم كل منهما سببا « منتجا » مستقلا له ، وحينئذ تتوافر السببية بين كل من الخطأين والضرر ، وتبدو الحاجة الى معرفة أثر اشتراك الخطأ بين المضرور والغير فى هذه الحالة •

واذا ساهم خطأ كل من المضرور والغير فى احداث الضرر ، فان خطأ أحدهما يعتبر مستغرقا لخطأ الآخر وفقا للضوابط الاتية :

(أ) الخطأ الاشد يستغرق الخطأ الذى يقل عنه بصورة واضحة ، ويتحقق ذلك اذا كان الخطأ من أحدهما عمديا فى حين أن خطأ الآخر غير عمدى ، فالخطأ العمدى يستغرق غير العمدى ، ويكون من صدر منه وحده مسئولا عن الضرر ، فمن يلقى نفسه قاصدا الانتحار أمام سيارة تسير بسرعة زائدة ، فيصاب اصابة بالغة أو يقتل ، يعتبر خطؤه وحده السبب فى حدوث هذا الضرر ، وتنتفى السببية بين الضرر وخطأ السائق المسرع(١) •

---

(١) ويمكن ان يعتبر رضاء المضرور بالتعرض لخطر ما ، خطأ مستغرقا لخطأ من أوقع به هذا الضرر ، وقد حكم القضاء المصرى بأن رضاء صاحب سفينة باستخدام سفينته فى التهريب الذى ادى الى مصادرتها ، لا يجعل لمالك السفينة ان يرجع بهذا الضرر على صاحب المهربات ، وان رضاء المراة البالغة بمعاشرة رجل بلا زواج ، وهى على بينة من كل شيء ، لا يجعل لها الرجوع عليه بالتعويض •

ولكن الاصل ان رضاء المضرور مقدما بما يقع عليه من الضرر لا يعفى المسئول عن حدوثه من الالتزام بالتعويض ، الوجيز للسنهورى ، فقرة ٣٧٠ •

(ب) اذا ترتب أحد الخطأين على الخطـأ الآخـر ، بأن كان أحدهما نتيجة للأخر فان مرتكب الخطأ الاصلى وحده هو الذى يكون مسئولا ، على أساس انتفاء رابطة السببية بين الخطأ التبعى والضرر، فاذا تظاهر شخص بأنه سيطعن صاحبا له بسكين لارهابه ، مزاحا ، فعاجله الآخر دفاعا عن نفسه بضربة كسرت ذراعـه ، فان خطأ من كسرت ذراعه هو الخطأ الاصلى ، الذى ترتب عليه خطـأ الآخر ، الذى ظن أنه يدفع اعتداء عن نفسه ، فـلا تقوم رابطة السببية بين الخطأ التابع والضرر ، بل ينسب الى الخطأ الاصلى ، ويعفى محدث الضرر بفعله من المسئولية • أما اذا ركب صـديق مع صـديقه فى سيارته ، وقاد هذا الصديق سيارته بسرعة زائدة وبطريقة خطـرة ، حتى تعرضت السيارة لخطر داهم دفع الراكب الى اتيان حركة خاطئة التماسا للنجاة فأصيب من ذلك بضرر ، يعتبر خطأ صاحب السـيارة هو الخطأ الاصلى ، وخطأ الراكب هو الخط التابع ، وتظل مسئوليـة صاحب السيارة كاملة عن الضرر الحادث للراكب •

وفى حالة ما اذا اشترك خطأ المضرور مع خطأ الغير فى احـداث الضرر ، دون أن يستغرق أحدهما الآخر ، فان رابطة السببية تظـل قائمة بين كل من الخطأين والضرر ، وتقوم مسئولية الغير كاملة مـع اعتبار خطأ المضرور سببا فى الضرر ، ولكن فى هـذه الحال لا يلزم المسئول بتعويض كل الضرر ، بل يراعى دور خطأ المضرور فى احداثه، فينقص التعويض لتحميله بجزء من المسئولية • وقد نصت المـادة ٢١٦ من القانون المدنى على هذا الحكم ، فقضت بأنه « يجوز للقاضى أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما اذا كان الدائن (بالتعويض) بخطئه قد اشترك فى احداث الضرر أو زاد فيه[1] » •

---

(١) ولو قلنا ان المسئول والمضرور يكونان مسئولين معا ، فالمفروض ان يتحمل كل منهما نصف المسئولية ويحكم للمضرور على المسئول بما يوازى نصف التعويض الذى يستحقه ، ولكن القانون المصرى لم يأخذ بتجزئة
=

٣ ـ خطأ الغير :

اذا تعددت الاخطاء المسببة للضرر ، فوفقا لنظرية السببية المنتجة أو الفعالة ، يجب أن يحدد من بينها الخطأ الذى يعتبر سببا للضرر وفقا للمألوف ، ليعتبر وحده سبب حدوثه ، وليكون من ينسب اليه هذا الخطأ مسئولا وحده عن تعويضه ، كما رأينا فى الكلام عن تعدد الاخطاء وتحديد السببية ، وعلى ذلك اذا طولب شخص بالتعويض عن ضرر ساهم خطؤه فى أحداثه ، يستطيع أن يدفع مسئوليته بنفى علاقة السببية بين خطئه والضرر الحادث باثبات خطأ للغير يعتبر السبب المنتج للضرر ، ويكون صاحبه المسئول وحده عن التعويض(١) •

فاذا وقع نصادم بين سيارتين وكانت احداهما تسير بسرعة زائدة فى الجانب الصحيح من الطريق ، فاصطدمت بها سيارة قادمة من الجهة المقابلة كانت تسير بسرعة زائدة أيضا ولكنها انحرفت عن طريقها الصحيح لتصدم السيارة الاخرى ، وتبين أن انحرافها كان نتيجة سكر سائقها ، فاذا أصيب ركاب السيارة الاولى ، لم يكن سائقها أو صاحبها مسئولا ، رغم ثبوت الخطأ فى جانبه ، لان خطأ السائق

= المسئولية عن التعويض بهذه الطريقة الحسابية ، بل جعل للقضاء ان يقسمه بالطريقة التى تتناسب مع جسامة الخطأ المنسوب لكل منهما ، ومع سائر الظروف الاخرى .

(١) ومن بيان دور خطأ الغير ، وخطأ المضرور ، فى نفى رابطة السببية ، وظهور الحاجة الى هذا البيان فى تحديد معنى السببية ، بانها « السببية المنتجة » اى السببية كما تحددها نظرية السبب الفعال او السبب المنتج ، يتضح ان نفى رابطة السببية باثبات الدور الفعال للسبب الاجنبى فى حال خطأ المضرور او خطأ الغير ، ليس فى الواقع الا تحديدا للسبب المنتج للضرر وفقا للنظرية التى نأخذ بها ، بل ان ذلك هو ما يحدث ايضا فى نفى السببية عن طريق نسبة الضرر الى القوة القاهرة أو الحادث الفجائى ، مما يكشف عن أن نفى رابطة السببية ، ليس موضوعا قائما بذاته ، ومستقلا عن تحديد معنى السببوفقا لنظرية السبب المنتج .

الآخر يستغرق خطأه ، ويعتبر وحده سبب الضرر ، فتنحصر السببية فيه ، وتنتفى هذه السببية بين خطأ سائق السيارة الاولى والضرر الحادث لركابها • وكذلك الحكم اذا تأخر من يلتزم بتسليم بضائع معينة فى تنفيذ التزامه عن الموعد المحدد بسبب سطو اللصوص عليها وسرقتها من المخزن الذى أودعت فيه على ذمة تسليمها •

أما اذا تبين أن كلا من خطأ الشخص الذى يطلب منه التعويض وخطأ الغير الذى يريد المسئول أن يدفع مسئوليته استنادا الى مساهمته فى احداث الضرر ، اذا تبين أن كلا من الخطأين يعتبر سببا منتجا للضرر ، كان من صدر منه أى من الخطأين مسئولا مسئولية كاملة عن التعويض ، فاذا ترك مستعير الشىء المستعار بلا حفظ ولا حراسة تستلزمهما طبيعته ، فسرقه لص ، كان المستعير مسئولا عن تعويض مالك الشىء المعار وكان اللص مسئولا عن تعويضه أيضا(١) • واذا حدث تصادم بين سيارتين وكان كل من سائقيهما مخطئا بنفس الدرجة، كان كل منهما مسئولا عن تعويض الاضرار التى تنتج عن التصادم ، وكان من حق المضرور أن يرجع على أى واحد منهما بكل التعويض المستحق له ، ولا يلزم بتقسيم الرجوع عليهما ، كل بنصيبه فى التعويض ، ذلك أنه اذا تعدد المسئولون عن التعويض فى المسئولية التقصيرية ، كانت مسئوليتهم تضامنية فى مواجهة المضرور ، أى يلتزم كل منهم بكل التعويض فى مواجهته ، أما فيما بينهم فالتزامهم بالتعويض يقسم فيما بينهم بالتساوى أو حسب جسامة خطأ كل منهم، قياسا على حكم المادة ٢١٦ مدنى ، التى سبقت الاشارة اليها • وتنص على تضامن المسئولين فى مواجهة المضرور وانقسام التزامهم بالتعويض

---

(١) ولكن يلاحظ ان نوع مسئولية كل منهما مختلف ، فالمستعير مسئول مسئولية عقدية والسارق مسئول مسئولية تقصيرية . ويستطيع مالك الشىء المعار ان يرجع على اى من هذين المسئولين لتعويضه عن قيمة الشىء . ولكن هذا لا يعنى ان مسئوليتهما تضامنية . ذلك انها مسئولية تضاممية (أو مسئولية مجتمعة) لاختلاف اساس مسئولية كل منهما .

فيما بينهم : المادة ١٦٩ من القانون المدنى التى تقضى بأنه « اذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوى ، الا اذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض » .

١١١ — ثالثا — تعاقب الاضرار وفكرة الضرر المباشر :

قد لا تتمثل النتيجة المترتبة على الخطأ فى ضرر واحد ، وانما تتابع الاضرار وتتعاقب ، كل منها يترتب على سابقه ، فهل تقوم علاقة السببية بين الخطأ وبين جميع الاضرار المتعاقبة ، ويلزم المسئول بتعويضها جميعا ، أم أن فكرة السببية ذاتها تقتضى الوقوف عند حد معين من الاضرار ، تعتبر الاضرار التالية لها أضرارا غير ناتجة عن الخطأ ، أى لا تتوافر بينها وبين الخطأ رابطة السببية ، فلا يلزم المسئول بتعويضها ؟

يتداول الفقه مثلا لتعاقب الاضرار ، ينقله عن أحد فقهاء القانون الفرنسى القديم (بوتييه Pothier) يتناول الفرض الآتى : تاجر مواش يبيع الى مزارع بقرة مريضة بمرض معد ، فتختلط بأبقار المشترى وتعديها ، ثم تموت جميع الابقار ، فيعجز المزارع عن زراعة أرضه ، ولا يحقق دخلا فيعجز عن وفاء ما عليه من الديون ، فيحجز عليه دائنوه ، وتباع أملاكه بثمن بخس ، فموت البقر وتلف الزراعة وبيع الاملاك بثمن بخس ، كلها أضرار متعاقبة ، فهل يلزم التاجر المخطىء بتعويضها جميعا أم يقف التزامه بالتعويض عند بعضها دون باقيها ؟

وهناك مثل آخر من القضاء المصرى ، فقد شحن شخص آلة لضخ مياه الرى (وابور مياه) بالقطار ، فوقع حادث للقطار أدى الى تلف هذه الآلة ، فرفع شاحنها دعوى لمطالبة مصلحة السكك الحديدية بالتعويض عن تلف الآلة وعن الانتفاع بالبئر التى حفرها فى أرضه

لتركيب « الوابور » عليها وكذا عن عدم انتفاعه بالارض التى أعدها لتركيبه وكذا عن تلف زراعته بسبب عدم ريها ، وعن الربح الذى كان سيحصل عليه من ري أراضى الجيران الذين تعهد لهم بري أراضيهم بهذه الآلة[1] . ولكن القضاء[2] لم يحكم له بالتعويض عن كل هذه الاضرار ، وانما قصر الاضرار التى يعوض عنها على الاضرار المتسببة مباشرة عن الحادث .

والواقع أن رابطة السببية لا تقوم الا بين الخطأ وبين الضرر المباشر للمترتب على هذا الخطأ ، أما ما يمكن أن يترتب على هـذا الخطأ من أضرار غير مباشرة فلا تتوافر السببية بينها وبين الخطأ ولذا لا يلتزم المسئول بتعويضها .

ومن اللازم لذلك أن يحدد معنى الضرر المباشر ، ببيان معيـار التفرقة بينه وبين الضرر غير المباشر ، ويمكن أن يؤخذ هذا المعيـار من نص المـادة ٢٢١ من القانون المدنى التى تحدد الضرر الذى يعوض عنه بأنه ذلك الذى يكون نتيجة طبيعية للخطأ[3] ، وان الضرر يعتبر نتيجة طبيعية للخطأ اذا لم يكن فى استطاعة من يتعرض لهذا الضرر أن يتوقاه ببذل جهد معقول .

وتطبيق هذا المعيار على المثلين اللذين عرضناهما ، يؤدى الى تحديد ما يعتبر مباشرا من الاضرار المترتبة على الخطأ وما لا يعتبر مباشرا ، ففى مثل بقرات بوتييه ، يعتبر موت البقرة المريضة المشتراه ، وكذا موت البقرات التى انتقلت اليها العدوى منها ، ضررا مباشرا ، أما عجز المشترى عن زراعة أرضه وما ترتب على ذلك من خسـارات

---

(١) ورغم أن المثلين من حالات المسئولية العقدية ، فهما يوضحان تعاقب الاضرار فى المسئولية التقصيرية ايضا .

(٢) حكم محكمة الاستئناف الوطنية ، فى ٢٢ اكتوبر سنة ١٩١٤ .

(٣) والنص يقول انه الضرر الذى يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام او التأخر فيه .

وعدم وفائه بديونه وما ترتب على ذلك من بيع أملاكه بثمن بخس ؛ فأضرار كان فى الوسع توقيها ببذل جهد معقول ، هو استئجار بقرات أخرى تستخدم فى الزراعة فيقف تتابع الاضرار بعد ذلك . وفى مثل وابور المياه ، تعتبر خسارة الآلة نفسها ضررا مباشرا ؛ كذلك أية خسارات أخرى يقتضيها تدبير وسيلة بديلة لرى الارض ، أما تعذر رى الارض وتلف الزراعة وعدم الحصول على مقابل رى أرض الجيران، فأضرار غير مباشرة لا يلزم الناقل ، وهو مصلحة السكك الحديدية . بتعويضها(١) .

١١٢ — أحكام المسئولية — تمهيد :

اذا توافرت شروط المسئولية الثلاثة : الخطأ والضرر ، والسببية بين الخطأ والضرر ، وفقا لما رأينا فى تحديد هذه الشروط، أصبح المخطىء مسئولا عن تعويض الضرر المترتب على فعله الضار .

---

(١) ومن الممكن ضرب مثل لصورة مسئولية غير عقدية ، تتعاقب فيها الاضرار ، بحال اصابة شخص بجرح بسيط نتيجة اعتداء آخر عليه بالضرب ، أو دهمه بسيارته خطأ ، فيهمل المصاب اهمالا فاحشا فى العناية بجرحه حتى يتلوث ويتسبب ذلك فى وفاة المصاب او حدوث عاهة مستديمة له ، فالضرر المباشر هو الجرح الناتج من الضرب أو حادث السيارة ، والاضرار اللاحقة ، كان من الممكن توقيها لو بذل المصاب الجهد المعقول لعلاج جرحه ، ولذا لا تعتبر اضرارا يسأل عنها محدث الجرح ، لانها أضرار غير مباشرة .

ويلاحظ انه هنا أيضا وفى جميع الامثلة التى تضرب للضرر غير المباشر تظهر صلة فكرة الضرر المباشر بمعنى السببية المنتجة ، فاثبات « عدم مباشرة » الضرر ، لامكان توقيه ببذل جهد معقول من جانب المصاب ، ليس فى الواقع الا اثباتا لترتب هذا الضرر على « خطأ » المصاب فى عدم بذل الجهد المعقول لتوقى حدوثه ، أى هو اثبات لنسبة هذا الضرر الى خطأ المضرور ، واعتبار هذا الخطأ منتجا للضرر ، وتنتفى بذلك السببية بين الخطأ الاصلى والضرر الاخير ، لان الخطأ الاصلى يعتبر عندئذ سببا غير منتج للضرر .

ويحدد القانون قواعد الالتزام بالتعويض أى أحكام هذا الالتزام ، فيبين قواعد قياس الضرر وتقدير التعويض ، والوقت الذى يتم فيه هذا التقدير ، والسلطة التى تملك تقديره ، ومدى تأثرها بأى اتفاقات قد تبرم بين الافراد فى شأن هذا التعويض ، وكذا طريقة التعويض ، وكيفية الزام المسئولين المتعددين عن التعويض ، بهذا الدين ، وأخيرا مدى بقاء الحق فى المطالبة بالتعويض ، أى مدة التقادم المسقط لحق المضرور فى ملاحقة المسئول أمام القضاء .

وهذه هى المسائل التى نتناولها بايجاز فى كلامنا عن أحكام المسئولية .

١١٣ ـ أولا : قياس الضرر وتقدير التعويض :

تحدد المادة ١٧٠ من القانون المدنى قواعد قياس الضرر وتقدير التعويض فى نصها على أن « يقدر القاضى مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور طبقا لاحكام المادتين ٢٢١ و ٢٢٢ مراعيا فى ذلك الظروف الملابسة . فان لم يتيسر وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعيينا نهائيا ، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق بأن يطالب خلال مدة معينة ، باعادة النظر فى التقدير » .

والمادتان ٢٢١ و ٢٢٢ اللتان تشير اليهما المادة ١٧٠ يجرى نصهما كما يأتى :

المادة ٢٢١ : « اذا لم يكن التعويض مقدرا فى العقد أو بنص فى القانون فالقاضى هو الذى يقدره ، ويشتمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ... »(١) .

---

(١) وبقية نص المادة تتكلم عن ضرورة ان يكون الضرر مباشرا ، وتحدد معنى كونه مباشرا ، كما تقرر اقتصار التعويض فى المسئولية العقدية على الضرر المتوقع عادة وقت التعاقد ، وهى الشروط التى سبق عرضها وشرحها .

أما المـادة ٢٢٢ فتنص على أن « يشمل التعويض الضرر الادبى أيضا ، ولكن لا يجوز فى هذه الحالة أن ينتقل الى الغير الا اذا تحدد بمقتضى اتفاق ، أو طالب به الدائن أمام القضاء » •

ومن النصوص السابقة يتبين أنه :

(أ) بالنسبة لقياس الضرر ، الذى يعوض عنه ، يقـدر هذا الضرر بما لحق المضرور ، نتيجة لخطـأ المسئول ، من خسـارة ، وما فاته من كسب ، كما يتبين أن كلا من الخسارة اللاحقة والكسب الفائت ، المترتبين على خطأ من الاخطاء ، لا يقدران بالضرورة ، لجميع الاشخاص ، بنفس الصورة أو المقـدار بل يجب أن تراعى فى ذلك الظروف الملابسة ، فقد يختلف أثر نفس الخطأ على مصالح شخص عن أثره على مصالح شخص آخر ، نتيجة لاختلاف حال وظروف كل منهما ، أو نتيجة لاختلاف الظروف التى وقع فيها الفعل الضـار ، فتعطل سيارة شخص يستخدمها فى تجارته ، يحدث له ضررا أكبر من الضرر الذى يحدثه عطل سيارةتستخدم للنزهة ، ومن السهل أن تحل محلها وسائل أخرى للانتقال ، واتلاف مال تاجر اذا أدى الى توقفه عن دفع ديونه واشهار افلاسه ، يحدث ضررا يختلف فى مقداره وفى طبيعته عن اتلاف مال غير التاجـر الذى لا يؤدى الى مثل النتيجـة السابقة ، كما أن اشاعة أخبار كاذبة عن أمانة شخص وهو على وشك انجاز صفقة هامة ، فتؤدى هذه الاشاعة الى عدم اتمام الصـفقة ، تحدث ضررا أكبرا مما لو أطلقت الاشـاعة فى غير هذه الظـروف • وبعبارة عامة فان الضرر يختلف من شخص الى آخر ، ومن حال الى أخرى ، وفقا لظروف وملابسات حدوثه ، ويجب أن تؤخذ هـذه الظروف الملابسة فى الاعتبار عند تقدير هذا الضرر فى سبيل تحـديد التعويض الذى يستحق عنه ، اذا كان حدوثه بخطأ من الغير •

والقاعدة السابقة ، أى تقدير التعويض بمقـدار الضرر الذى يترتب على الخطأ ، بالنسبة لكل حال وفقا لظروفها ، هى القاعـدة

التى تنطبق على كل صور الضرر أى سواء أكان الضرر واقعــا على المــال أو على الجسم(١) أم كان ضررا أدبيا ينتج عن المساس بالحرية أو العرض أو الشرف أو المركز الاجتماعى أو الاعتبار المــالى •

والضرر ، كما سبق البيان ، يشمل الخسارة اللاحقة والكسب الفائت ، ويقدر التعويض عنه بهما معا ، ولذلك ان كان الضرر يتمثل فى تلف مال منتج ، فان التعويض عنه يجب أن يقدر بما يلزم لاصلاحه (الخسارة اللاحقة) وبما تعطل المــال عن انتاجه من الثمار فى فترة الاصلاح (الكسب الفائت) ، ولو كان الضرر اصابة فى جسم المضرور، قدر التعويض بما أنفقه لعلاج الاصابة ، بالاضافة الى ما تعطل عنه من كسب نشاطه المهنى أو الحرفى بسبب الاصابة ، واذا أدت الاصابة الى عاهة تعجز المصاب جزئيا عن الكسب فى المستقبل ، كان من حقه أن يحصل على تعويض ما يستحيل عليه أن يكسبه ، فى المستقبل ، بسبب هذا العجز • واذا أصيب شخص بما أدى الى وفاته ، كان لورثته أن يحصلوا على تعويض عن وفاته ، وما ترتب عليها من فقدان عائلهم(٢) ، بالاضافة الى ما يستحقونه من تعويض عن الضرر الادبى

---

(١) وهذا على خلاف التعويض عن اصابة الجسم وفقا لقواعد الدية فى فقه الشريعة الاسلامية حيث يحدد التعويض المستحق عن كل نوع من الاصابات تحديدا موحدا ، وان كانت بعض الآراء فيه تجعل ديـــة المراة نصف دية الرجل ودية غير المسلم نصف دية المسلم ، فان الدية تظــل واحدة بالنسبة لكل رجل ولكل امراة •

(٢) فى حالة وفاة شخص بخطأ آخر ، كان المــاخوذ به فى قضاء محكمــة النقض ان الضرر يلحق بورثته الذين يمولهــم ، اى ان الضرر المــادى من هذه الوفاة يلحق من يعولهــم المتوفى فيكون لهــم ان يطالبوا المسئول بالتعويض عن هـــذا الضرر ولم يكن المتــوفى نفســـه يعتبــر مضرورا وصاحب حق فى التعويض عما حدث له شخصيا ، وقد قضت محكمة النقض فى ١٩٥٦/٣/١٢ بان وفاة المضرور لا يترتب عليها ضرر مادى للمتوفى يورث عنه • (مجموعة احكام النقض س ٧ ... ٢٣٠ ولكن قضاء هذه المحكمة تغير بعد ذلك واستقرت احكامها على ان المتوفى ، ولو مات فور الاصابة، =

المتمثل فى حزنهم على وفاة قريبهم ، وفقا للقواعد التى قررها القانون فى هذا الصدد ، والتى سبقت الاشارة اليها •

(ب) وبالنسبة لوقت تقدير التعويض، تقضى المادة ١٧٠ بأنه ان لم يتيسر للقاضى وقت الحكم (بالتعويض) أن يعين مدى التعويض تعيينا نهائيا ، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق فى أن يطالب خلال مدة معينة باعادة النظر فى التقدير •

وهذا النص يقرر أن الاصل فى تحديد وقت تقدير التعويض هو وقت صدور حكم القضاء به ، ولكنه يسمح باعادة النظر فى هذا التقدير فى وقت لاحق اذا اقتضت الظروف ذلك • وهذا الحكم يرتبط بما سبق بيانه من أن التعويض يقدر بالضرر المباشر ولو لم يكن حالا ، أى ولو كان ضررا مستقبلا مادام محققا ، ولذا فان تطور الضرر منذ وقوع الفعل الضار ، حتى صدور حكم القضاء به ، يجب أن يؤخذ فى الاعتبار عند تقدير هذا التعويض ، فيزاد التعويض بمقدار ما زاد من مقدار الضرر ، كما يحكم بالتعويض المناسب للضرر ان نقص الضرر فى مقداره عند الحكم ، عما قدر به وقت وقوع الفعل الضار(١) •

=

يكسب ، بين وقوع الفعل المسبب للوفاة ، والوفاة نفسها ، حقا فى التعويض عن فقدان حياته ، ويدخل هذا الحق عنصرا فى تركته ويؤول الى ورثته وفقا لقواعد الميراث الشرعى — بصرف النظر عن مقدار ما لحقهم من الضرر بوفاة مورثهم ، وسواء اكانوا معولين له ام غير معولين (مثلا حكم ١٩٧٤/٣/٧ — م نقض م ٢٥ — ٦٠ وحكم ١٩٦٦/٢/١٧ م نقض م ١٧ — ٢٣٧) •

وهذا الاتجاه الجديد فى قضاء محكمة النقض يشبه حكم دية الوفاة فى الشريعة الاسلامية اذ تعتبر حقا للمتوفى يدخل فى تركته ، ويؤول الى ورثته وفق قواعد الميراث الشرعى •

(١) لو وقت صدور حكم غير نهائى بتقدير التعويض ، اذا طعن فى هذا الحكم بالاستئناف وتطبيقا لهذه القاعدة لو كان الحكم بالتعويض حكما غير نهائى ، وطعن فيه بالاستئناف ، يجوز للمضرور ان يعدل مقدار

=

على أن تطور الضرر ، وتغير مقداره ، قد لا يكون مؤكد التوقف عند صدور الحكم النهائى بالتعويض ، ولتجنب حرمان المضرور من المطالبة بزيادة التعويض عما حكم به نهائيا من تعويض ، اذا حدثت زيادة فى الضرر المترتب على خطأ المسئول بعد الحكم النهائى ، نتيجة لقوة الامر المقضى ، فان القانون قد أجاز للقضاء أن ينص فى الحكم النهائى الصادر بالتعويض ، على حق المضرور فى العودة الى المطالبة بزيادة التعويض خلال المدة التى يعينها الحكم .

وبالنسبة لسلطة تقدير التعويض ، واضح من نص المادة ١٧٠ مدنى أن تقدير التعويض ، عند عدم الاتفاق بين المسئول والمضرور على تقديره بعد وقوع الفعل الضار ، أو اذا لم يكن التعويض محددا بحكم القانون ، هو للقضاء ، فالنص يبدأ بقوله « يقدر القاضى » .

ووجه تصحيح الاتفاق على تقدير التعويض ، باتفاق المسئول والمضرور ، أن الحق فى التعويض ولو كان ناشئا عن المسئولية التقصيرية حق مالى خاص ، يجوز لصاحبه أن يبرم فى شأنه ما يشاء من الاتفاقات سواء بتقديره بأقل مما وقع له من ضرر أو حتى بالنزول عنه ، وابراء المسئول من التزامه بالتعويض(١) . ولكن صحة مثل هذه التصرفات مشروطة بأن يكون موضوع الاتفاق هو الحق فى التعويض بعد نشوئه ، أى بعد وقوع الفعل الضار وتحقق الضرر ، وانصراف قصد كل من المضرور والمسئول الى تسوية علاقتهما الناشئة عن هذا الفعل بارادات صحيحة ، أما قبل وقوع الفعل الضار ونشوء

التعويض الذى يطالب به ، ولو كان ذلك عن اضرار جديدة لم يتبين حدوثها ولم يطالب بتعويضها امام محكمة اول درجة ، دون ان يعتبر ذلك منه طلبا جديدا لا يجوز طرحه لاول مرة امام محكمة الاستئناف ، وفقا للقاعدة التى تقضى بعدم جواز تقديم طلبات جديدة امام محكمة الاستئناف .

(١) والمادة ٢٢١ تجعل تقدير التعويض فى المسئولية العقدية ، كذلك ، للقضاء ان لم يكن هناك اتفاق بين طرفى العقد على تقديره فى العقد الذى يقع اخلال بالتزاماته ، وان لم يكن محددا بحكم القانون .

الحق فى التعويض ، فلا يجوز ابرام أى اتفاق بشأن التعويض عن الضرر المترتب على المسئولية التقصيرية ، لان الاتفاق عندئذ لا يكون منصبا على الحق فى التعويض ، لانه لم ينشأ بعد ، وانما يكون منصبا على قواعد المسئولية « التقصيرية » نفسها ، وسواء أكان موضوع الاتفاق هو اعفاء من يتسبب من طرفيه ، بخطئه ، فى احداث ضرر للآخر ؛ أو تحديد مقدار التعويض تحديدا جزافيا أو رمزيا عن أى فعل ضار يحدث بينهما(١) ، ذلك أن أحكام المسئولية غير العقدية (التقصيرية) من النظام العام ، ولا يجوز ابرام أى اتفاق يعدل من قواعدها بما يخفف من أحكامها على المسئول ، وقد نص القانون المدنى على ذلك فى المادة ٢١٧ التى تقضى فى فقرتها الاخيرة بأن « يقع باطلا كل شرط يقضى بالاعفاء من المسئولية المترتبة على العمل غير المشروع » .

أما فى المسئولية العقدية ، فان المادة ٢١٧ مدنى نفسها ، التى حرمت الاتفاق على الاعفاء من المسئولية التقصيرية ، تقضى فى فقرتيها الاولبين بأنه « يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجىء والقوة القاهرة . وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من أية مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى الا ما ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم ، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه » .

فهذا النص يبيح تشديد أحكام المسئولية العقدية(٢) .

---

(١) ويمكن تصور حدوث هذا الاتفاق بين شركتين أو مؤسستين متجاورتين ، اذا اتفقتا على عدم مطالبة كل منهما للاخرى بتعويض الاضرار التى تحدث نتيجة تصادم عرباتهما او اخطاء العاملين بكل منهما .

والنص على تحريم الاتفاق على الاعفاء ، يتضمن النص على تحريم تخفيف المسئولية او تقييدها ، لانه اعفاء جزئى والنص اذ يحرم الاعفاء عموما انما يحرمه سواء اكان كليا أم جزئيا .

(٢) رغم ان النص تناول المسئولية العقدية ، الا انه يمكن ان يؤخذ

وهو يبيح الاعفاء منها ، اذا لم يكن تقصير المدين غشا أو خطأ جسيما .

كما أن القانون يسمح بالاتفاق مقدما على تقدير التعويض المترتب على الاخلال المحتمل بالالتزام العقدى ، فيما يسمى بالشرط الجزائى (وينظم ذلك فى المواد من ٢٢٣ الى ٢٢٥ مدنى)(١) .

١١٤ — ثانيا : طريقة التعويض :

الاصل فى طريقة التعويض ، أن يحكم القضاء بالزام المسئول بمبلغ من النقود للمضرور ، مساويا للضرر الذى لحقه بفعل المسئول. وقد يقدر هذا المبلغ جملة ، يدفع مرة واحدة أو على أقساط ، كما يجوز أن يجعل التعويض مرتبا دوريا يدفع للمضرور خلال مدة معينة أو لمدى حياته ، حسب صورة الضرر التى يعوض عنها (كما لو كانت عجزا مؤقتا أو دائما) .

ولكن ان كان الاصل هو التعويض بمنح مبلغ من النقود ، أى

= به فى المسئولية غير العقدية ايضا ، استدلالا بالفقرة الاخيرة من المادة ٢١٧ التى تنص على منع الاعفاء (الكلى او الجزئى) من المسئولية « التقصيرية » ، فالنص لا يمنع الاتفاق على تشديد هذه المسئولية لو تم مثل هذا الاتفاق ، ولذا لو اتفقت الشركتان أو المؤسستان المذكورتان فى هامش ١ على التزام كل منهما بالتعويض لمجرد حدوث ضرر لايهما بفعل الآخر دون حاجة لاثبات خطأ ما ، صح اتفاقهما والزمهما .

ويلاحظ كذلك أنه يجوز التأمين على المسئولية (التقصيرية) فتكون شركة التأمين ملزمة بأداء التعويض المستحق على المسئول الذى يبرم معها عقد تأمين على مسئوليته . ولكن التأمين غير جائز على المسئولية التى تنشأ عن الخطأ العمدى .

(١) وسنرى ان الشرط الجزائى لا يعتبر اتفاقا ينطبق عليه مبدا العقد شريعة المتعاقدين ، كالاتفاقات العادية ، بل يتمتع القضاء حياله بسلطة واسعة نابعة من انه اتفاق مسبق على تقدير التعويض . مؤلفنا عن احكام الالتزام ، فقرة ٢٢ .

ان كانت الصورة الاصلية هى نقدية التعويض ، فليس هناك ما يمنع من أن يتم التعويض أيضا بغير النقود ، أو بالنقود وغيرها فى نفس الوقت . اذا طلب صاحب الحق فى التعويض ذلك ، واذا كانت ازالة آثار الفعل الضار ، أو منع أضراره فى المستقبل لا تتحقق الا به . فاذا كان الفعل هو بناء حائط أو حاجز ، تعسفا ، جاز الحكم للجار المتضرر بهدم الحائط أو الحاجز لاعـادة الحال الى ما كانت عليـه ، واذا كان هذا الفعل هو حيازة شيء للغير بلا حق ، جاز الحكم برده ، أو رد مثله الى مالكه ، ويكون التعويض فى هذه الحال تعويضا عينيا لا نقديا . وقد يكون التعويض فى صورة اجراء آخر مناسب لازالة أثر الخطأ ، كقضاء المحكمة بنشر حكم ادانة المسئول عن سب أو قذف فى وسائل الاعلام ، ترضية لمن وجه اليه السب أو القذف(١) .

وقد نصت المـادة ١٧١ من القانون المدنى على كل ذلك ، فهى تقضى بأن « يعين القاضى طريقة التعويض تبعا للظروف ، ويصح أن يكون التعويض مقسطا كما يصح أن يكون ايرادا مرتبا ويجـوز فى هاتين الحالتين الزام المدين بأن يقدم تأمينا . ويقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضى تبعا للظروف ، وبناء على طلب المضرور(٢) ، أن يأمر باعادة الحال الى ما كانت عليه أو أن يحكم بأداء أمر معـين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض » .

١١٥ ــ ثالثا : تضامن المسئولين عن التعويض :

تقضى المـادة ١٦٩ من القانون المدنى بأنه « اذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين فى التزامهم بتعويض الضرر ، وتكون المسئولية بينهـم بالتسـاوى الا اذا عين القاضى نصيب كل منهم فى التعويض » .

---

(١) وقد يقترن ذلك بتعويض نقدى فى نفس الوقت عن الاضرار التى لا يكفى التعويض العينى لجبرها .

(٢) ويؤخذ من النص على ضرورة طلب المضرور ذلك ، عدم جواز الحكم بتعويض غير نقدى اذا لم يطلب المضرور ذلك من المحكمة .

وتعدد المسئولين عن التعويض ينتج اما عن وقوع الضرر بخطأ عدد من الاشخاص ، كما لو اشترك أكثر من شخص فى ضرب شخص فأصيب أو قتل ، وسواء أكان الاشتراك بارتكاب نفس الافعال ، أو أفعال مختلفة ، فالمحرض على الضرب أو القتل يرتكب خطأ يجعله مسئولا عن ضرر المصاب ، مع من باشر الضرب أو القتل فعلا ، واما بتوافر المسئولية على أساس نسبة الخطأ والالتزام بالتعويض الى أشخاص متعددين ولو لم يطلب اثبات الخطأ الا على أحدهم ، كما فى مسئولية المتبوع عن فعل تابعه اذ يكفى اثبات خطأ التابع ليكون المتبوع مسئولا دون حاجة لاثبات خطئه ، اذ تقوم بجانب مسئولية المتبوع مسئولية التابع نفسه عن خطئه ، وفى جميع الاحوال ، يكون المسئولون المتعددون متضامنين فيما بينهم فى مواجهة مستحق التعويض أيا كان أساس مسئولية كل منهم(١) .

ومقتضى هذا التضامن أن المضرور يستطيع أن يطالب كلا من المسئولين المتعددين بكامل حقه فى التعويض ، ولو لم يكن من توجه اليه المطالبة مسئولا الا عن جزء من التعويض فقط ، فاذا استوفى المضرور حقه من أحدهم برئت ذمة الآخرين فى مواجهته ولكن من أدى التعويض بأكمله وهو غير مسئول الا عن جزء منه فقط ، يكون له الرجوع على المسئولين الآخرين ، كل بقدر حصته فى المسئولية عن التعويض كما تحددها المحكمة فى الزامهم بالتعويض ، وسواء أكان

---

(١) اما اذا اختلف اساس المسئولية عن التعويض ، اى قام الالتزام بالتعويض عن اسباب قانونية مختلفة ، فلا يكون هناك تضامن ، فليس هناك تضامن بين مرتكب الفعل الضار فى التزامه بالتعويض للمضرور وبين شركة التأمين التى أمن لديها المسئول على مسئوليته ، فى التزامها بتحمل التعويض عنه . لان مسئولية الشركة تقوم على عقد التأمين اما مسئولية مرتكب الفعل الضار فأساسها هذا الفعل وما يرتبه القانون عليه من التزام، ولكن كلا من المسئول وشركة التأمين مسئول عن نفس التعويض اى عن **التزام واحد بالتعويض** ، ويوصف تعدد الملتزمين فى هذه الحالة ، اى عند اختلاف سبب الالتزام لكل منهم بانه تضامم
(obligation in solidum)

توزيع حصصهم فى التعويض على أساس مدى جسامة خطأ كل منهم ودوره فى احداث الضرر ، أو كان على أساس التساوى فى اقتسام الالتزام بالتعويض ، اذا رأت المحكمة ذلك[1] •

١١٦ ـ رابعا : تقادم الحق فى طلب التعويض :

تقضى المادة ١٧٢ من القانون المدنى بأن « تسقط بالتقادم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع ، بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى علم فيه المضرور بحدوث الضرروبالشخص المسئول عنه ، وتسقط هذه الدعوى فى كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم العمل غير المشروع •

على أنه اذا كانت هذه الدعوى ناشئة عن جريمة وكانت الدعوى الجنائية لم تسقط بعد انقضاء المواعيد المذكورة فى الفقرة السابقة ، فان دعوى التعويض لا تسقط الا بسقوط الدعوى الجنائية » •

فمن ينشأ له الحق فى طلب التعويض استنادا الى فعل ضار (عمل غير مشروع) من أى نوع ، عليه أن يطلب هذا التعويض ، قضاء ، خلال ثلاث سنوات من علمه بما لحقه من هذا الفعل من الضرر ، ومعرفته للشخص المسئول عن التعويض ، والا سقط حقه فى المطالبة القضائية به ، فان لم تكتمل هذه المعرفة المزدوجة ظل حقه فى طلب التعويض قائما حتى تنقضى ١٥ سنة من وقت وقوع الفعل الضار ، بعدها يسقط حقه فى طلب التعويض ، ولو لم تكن قد مضت

---

(١) ويلاحظ أنه فى حال تعدد المسئولين بسبب وجود مسئول عن فعل الغير ، مع مرتكبى الفعل الضار ، كما فى حال مسئولية المتبوع عن فعل التابع ومسئولية متولى الرقابة عمن هم فى رقابته ، يكون للمتبوع او لمتولى الرقابة ان يرجع بكل ما اداه من التعويض على المتبوع ، او على الخاضع للرقابة (ان كان مميزا) ، مادام لم ينسب اليه اى خطأ وبالتالى لم يلزم بالتعويض شخصيا .

على علمه بالضرر ومعرفة المسئول مدة ٣ سنوات ، بل ولو لم يعلم شيئا عن ذلك حتى انقضت ١٥ سنة ٠

الا أن مرور المدتين اللتين حددهما هذا النص ، قد لا يؤدى الى سقوط حق المضرور فى رفع دعوى التعويض ، اذا كان الضرر مترتبا على فعل يعتبر جريمة ، وكانت الدعوى الجنائية الخاصة بهذه الجريمة لم تسقط بعد ، اذ يمتد الحق فى المطالبة بالتعويض قضاء مادامت الدعوى الجنائية قائمة لم تنقض ، ولو بعد مرور مدة تقادم الدعوى المدنية بالتعويض(١) ٠

(١) سبقت الاشارة الى هذه الاحكام فى مقارنة المسئولية المدنية والجنائية ٠

الفصل الثانى

المسئولية عن فعل الغير وعن ضرر الاشياء

١١٧ ــ تمهيد وتقسيم :

تكلمنا فى الفصل الاول عن مسئولية الشخص عن فعله ، مسئولية تقصيرية ، والتزامه بتعويض الضرر المترتب على خطئه ، وبينا أركان هذه المسئولية وهى الخطأ والضرر وعلاقة السببية وكذا أحكامها • ولكن القانون لا يقصر مسئولية الشخص على أفعاله هو نفسه ، بل يجعله مسئولا أيضا عن الافعال الضارة التى تصدر من أشخاص آخرين تابعين له ، أو أشخاص يلتزم بالرقابة عليهم ، كما يجعله مسئولا عن الاضرار التى تتسبب فيها الاشياء (الجمادات والحيوانات) التى يتولى حراستها • وهذه المسئولية عن فعل الغير أو عن ضرر الاشياء ، رغم أنها لا تختلف فى طبيعتها عن المسئولية عن الفعل الشخصى ، الا أنها تختلف عنها فى بعض شروطها على الخصوص من حيث ثبوت خطأ المسئول أو توافر السببية بين الخطأ والضرر ، اذ وضع الشارع لها قواعد تهدف الى تيسير حصول المضرور على تعويض ما لحقه من الضرر ، كما نرى فى كلامنا عن أحوال هذه المسئولية •

وقد فصل القانون المدنى النصوص المنظمة « للمسئولية عن عمل الغير » عن تلك التى تنظم « المسئولية الناشئة عن الأشياء » ، ولا نرى بأسا فى اتباع طريقته ، فنتكلم فى مبحث أول عن المسئولية عن فعل الغير وفى مبحث ثان عن المسئولية الناشئة عن الاشياء •

المبحث الاول

المسئولية عن فعل الغير

١١٨ — صورتان لهذه المسئولية :

الغير الذى يسأل الشخص عن أفعاله . اما أن يكون انسانا فى حاجة الى الرقابة يلتزم المسئول برقابته ، وتسمى مسئوليته عنه مسئولية متولى الرقابة عمن يخضعون لرقابته ، واما أن يكون تابعا للمسئول ، فتسمى مسئوليته عنه مسئولية المتبوع عن فعل التابع ، ونتكلم عن الصورتين تباعا .

أولا — مسئولية متولى الرقابة عمن يخضعون لرقابته

١١٩ — شروط هذه المسئولية واساسها :

تنظم هذه المسئولية ، المادة ١٧٣ من القانون المدنى ، وهى تنص على أن « كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص فى حاجة الى الرقابة ، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزما بتعويض الضرر الذى يحدثه ذلك الشخص للغير بعمله غير المشروع . ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز . ٢ — ويعتبر القاصر فى حاجة الى الرقابة اذا لم يبلغ خمس عشرة سنة ، أو بلغها وكان فى كنف القائم على تربيته . وتنتقل الرقابة على القاصر الى معلمه فى المدرسة أو المشرف فى الحرفة ، مادام القاصر تحت اشراف المعلم أو المشرف . وتنتقل الرقابة على الزوجة القاصر الى زوجها أو الى من يتولى الرقابة على الزوج . ٣ — ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسئولية اذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة ، أو أثبت أن الضرر كان لابد واقعا ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية » .

ومن الفقرتين الاولى والثانية من هذه المادة يتبين أن قيام مسئولية متولى الرقابة يقتضى توافر شرطين :

الاول : قيام التزام برقابة الشخص الذى توجه اليه المطالبة بالتعويض على أساس هذه المسئولية ، على شخص آخر تجب عليه رقابته بسبب قصره أو حالته العقلية أو الجسمية .

الثانى : صدور فعل (غير مشروع) من الخاضع للرقابة ، يحدث ضررا للغير . ونرى فيما يلى ، المقصود بكل منهما :

الشرط الاول :

يجب أن تكون للشخص رقابة على الغير حتى يمكن أن يسأل عن أفعاله الضارة ، ولابد أن تكون هذه الرقابة التزاما عليه ، اما بحكم القانون مباشرة كرقابة الاب باعتباره وليا على نفس ولده القاصر ، واما بمقتضى اتفاق يلزمه بذلك ، كرقابة مدير مستشفى الامراض العقلية على المريض الذى يوضع تحت رقابته بمقتضى الاتفاق على علاجه فيها .

كما يجب أن تكون هذه الرقابة لازمة لمن يوضع تحتها لسبب من الاسباب التى ذكرها نص المادة ١٧٣ ، وهى صغر السن (القصر) أو الحالة العقلية (الجنون أو العته) أو الحالة الجسمية (العمى أو الشلل أو العجز الجسمى من أى نوع)(١) .

والرقابة بسبب صغر السن ، أى الرقابة على القاصر ، تعد لازمة لزوما مطلقا ، أى غير متوقف على أى شرط ، حتى يبلغ الصغير ١٥ سنة ، وتكون هذه الرقابة للاب أو لغيره ممن يكون وليا على نفس الصغير كالجد أو العم ، فهم المكلفون بتربيته ورعايته(٢)

---

(١) وكل رقابة لا تكون واجبة على المكلف بها لسبب من هذه الاسباب ، لا تجعل من تتوافر له مسئولا عن اعمال الخاضع للرقابة ، كرقابة السجان على المساجين ، ورقابة رئيس الحزب على اعضائه .

(٢) وقد تكون التربية والرعاية للام اذا عهد ولى النفس بالقاصر اليها ، وعندئذ تكون الرقابة للام بمقتضى الاتفاق بينهما وبين الولى ، وتكون مسئولة مسئولية متولى الرقابة عن الافعال الضارة من القاصر .

أما اذا بلغ القاصر خمس عشرة سنة ، فانه لا يكون خاضعا للرقابة الا اذا ظل فى كنف القائم على تربيته ، ذلك أنه ان استقل فى حياته وبدأ فى كسب عيشه بنفسه عنــد بلوغه هــذه السن ، فانه لا يبقى خاضعا للرقابة ، رغم قصره ، ويكون هو مسئولا عن نفسه ، فاذا ظل القاصر فى كنف من يتولى تربيته معتمدا عليه فى معيشته ، يبقى خاضعا للرقابة ويبقى متولى تربيته مسئولا عن أفعاله الضارة بالغير .

وليس المقصود ببقاء القاصر البالغ ١٥ عاما فى كنف من يتــولى تربيته ، بقاءه مساكنا له ، فالاهمية ليست للافتراق فى المسكن ، بل للاستقلال فى المعيشة ، فالطالب الذى يسكن مستقلا ، بعيــدا عن والده ، يظل تحت رقابة هذا الوالد ، وبالتالى يظل الوالد مسئولا عنه ، ولو كان قد بلغ الخامسة عشرة ، مادام معتمدا على والده فى حياته وليس مستقلا فى كسب عيشه ، وعلى العكس فان الولد اذا بلغ الخامسة عشرة ، وظل مساكنا لوالده ، ولكنه بدأ يعمل ويكسب عيشه مستقلا عن والده ، يعتبر خارجا عن كنف والده ، ويكون مسئولا عن أفعاله وحده ، بعد أن ارتفعت عنه رقابة والده .

واذا امتدت الرقابة بعد بلوغ القاصر ١٥ سنة ، فانها تظل قائمة حتى بلوغه سن الرشد ، أى احدى وعشرين سنة .

ويلاحظ أن الرقابة تنتقل من متولى تربية القاصر الى المدرســة التى يتعلم فيها ، أو الى معلم الحرفة التى يتدرب عليهــا ، وذلك خلال الاوقات التى يوجد فيها الخاضع للرقابة فى المدرســة أو لدى معلم الحرفة ، أما فى غير هــذه الاوقات ، فتكون الرقابة لمتــولى التربيــة .

واذا كانت الزوجة قاصرا ، فانها تكون تحت رقابة زوجهــا ان كان رشيدا(١) ، والا فانهــا تكون فى رقابة من يتولى الرقابة على الزوج .

---

(١) ولا نتصور ان تكون الرقابة للزوجــة ان كانت هى الرشــيدة

واذا بلغ الشخص سن الرشد ، ينتهى واجب الغير فى رقابته ، فلا يكون والده مسئولا عنه ، ولو بقى الولد فى كنفه ، ولو ظل طالبا ، فترتفع رقابة متولى التربية والمدرسة ومعلم الحرفة ، ويصبح الشخص ، مسئولا عن نفسه ، الا اذا تبينت حاجته الى الرقابة بسببمرضه العقلى أو حالته الجسمية ، وفى هذه الحال قد تكون الرقابة عليه لمن يتولى علاجه أو رعايته بالاتفاق ، كالمستشفى أو المصح أو الملجأ .

الشرط الثانى :

أن يصدر من الخاضع للرقابة عمل يمكن وصفه بأنه عمل غير مشروع ، من حيث أنه يعتبر سلوكا يتنافى مع سلوك الشخص العادى، أى فعل يعتبر خطأ وفقا لمعيار الخطأ ، ولكن دون حاجة الى ضرورة توافر الركن المعنوى للخطأ وهو الادراك أو التمييز ، ذلك أن مسئولية متولى الرقابة ، تتقرر بقصد حماية الغير من الاضرار التى تقع من أشخاص لا يتوافر التمييز لديهم ، وكفالة تعويض الغير عن هذه الاضرار من أموال المكلفين بالرقابة .

فمسئولية متولى الرقابة لا تقوم الا بقصد حماية الغير من الاضرار التى يحدثها الخاضعون للرقابة ، فاذا قذف طفل صغير بحجر فهشم به زجاج سيارة تقف أمام منزل والده ، أو داخل فناء المدرسة التى يتعلم فيها ، كان الوالد أو المدرسة ، المسئول عن تعويض الغير(١) عن هذه الاضرار . أما لو أحدث الخاضع للرقابة ضررا

=

والزوج قاصرا ، نظرا لأن الرجل ، بصرف النظر عن سنه ، هو رئيس الاسرة وهو الذى يسأل على افعال زوجته ولا تسأل زوجته عن افعاله ، ولذا تكون الرقابة عندئذ على الرجل لولى النفس عليه أو لمن كانت تكون له هذه الولاية من عصباته ، اذا كان قد جاوز سن الولاية على النفس.

(١) ولو كان هذا الغير خاضعا هو الآخر لرقابة المسئول ، فلو اصاب تلميذ تلميذا آخر فى نفس المدرسة ، كانت المدرسة مسئولة عن تعويض الضرر الحادث للمصاب ، على اساس الرقابة على محدث الاصابة .

بنفسه ، أو أنزل أجنبى الضرر به ، فان تعويض هذا الضرر لا يكون وفقا لقواعد مسئولية متولى الرقابة .

على أنه اذا كان الخاضع للرقابة مميزا (لا تقل سنه عن سبع سنوات ، وليس مجنونا أو معتوها) ، فانه يكون مسئولا عن فعله مسئولية شخصية ، وفى هذه الحال تقوم المسئوليتان ، مسئوليته ومسئولية متولى الرقابة ، معا ، لمصلحة الغير المضرور ، الذى يحق له أن يرجع على كل منهما لتعويضه ، ولكنه يستحق تعويضا واحدا فان حصل عليه من أحدهما لم يكن له أن يطالب الآخر . والمضرور يفضل عادة الرجوع بالتعويض على متولى الرقابة ، اذا لم يكن ثراء الخاضع للرقابة ظاهرا ، واذا أدى متولى الرقابة التعويض عن فعل الخاضع للرقابة ، فى هذه الحال ، يكون له الرجوع عليه بما أدى عنه من التعويض فى حدود مسئولية الخاضع للرقابة ، أى اذا كان هذا الخاضع للرقابة مسئولا . وتنص على هذا الحكم ، المادة ١٧٥ مدنى التى تقضى بأن « للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه فى الحدود التى يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر » .

واذا كان الخاضع للرقابة غير مميز ، فانه لا يكون ، فى الاصل ، مسئولا ، ولا يكون لمتولى الرقابة الذى التزم بالتعويض عن فعله أن يرجع عليه . ولكن القانون ، يجيز مع ذلك ، كما رأينا من قبل ، للقاضى أن يلزم غير المميز الذى يحدث بفعله ضررا للغير ، اذا لم يكن هناك من هو مسئول عنه (مسئولية متولى الرقابة) . أو تعذر الحصول على التعويض من المسئول ، يجيز القانون الزامه بتعويض عادل (أى غير مساو بالضرورة للضرر) مراعيا فى ذلك مركز الخصوم (المادة ١٦٤/٢ مدنى) . ومسئولية غير المميز فى هذه الحال ، مسئولية احتياطية وجوازية ، وغير كاملة .

أساس مسئولية متولى الرقابة ، ووسائل دفعها :

تقوم مسئولية متولى الرقابة عن أفعال من هم فى رقابته على افتراض خطئه ، أى اهماله ، فى ممارسة هذه الرقابة ، وعلى أن

هذا الاهمال في الرقابة هو سبب وقوع الفعل الضار ، ولكن هذا الافتراض ليس افتراضا باتا لا يجوز اثبات ما يخالفه ؛ فالفقرة الثالثة من المادة ١٧٣ مدنى نجعل للمكلف بالرقابة أن يثبت أنه قام بواجب الرقابة على خير ما ينبغى(١) ، وأنه اتخذ من الاحتياطات ما يمنع وقوع الضرر للغير ، كوسيلة للتخلص من المسئولية ، أى تسمح له باثبات عكس افتراض توافر الخطأ فى جانبه ، فيكون اعفاؤه من المسئولية عندئذ على أساس انتفاء الخطأ •

وحتى ان لم يستطيع المكلف بالرقابة أن ينفى خطأه ، فان هذا لا يعنى عدم امكانه التخلص من المسئولية ، فالمادة ١٧٣ السابقة تقضى أيضا بأنه يستطيع التخص من مسئوليته عن فعل الخاضع للرقابة ، اذا أثبت أن الضرر كان لابد واقعا ولو قام بواجب الرقابة بما ينبغى من العناية ، أى ولو قام به على خير وجه ولو اتخذ من الاحتياطات كل ما كان يلزم لمنع حدوثه • وهو عندئذ يثبت أنه لا علاقة بين الضرر الحادث وبين ما يمكن أن ينسب اليه ، أو يفترض فى جانبه ، من خطأ ، أى هو ينفى علاقة السببية بين الخطأ والضرر الحادث)(٢) •

ثانيا — مسئولية المتبوع عن فعل التابع

١٢٠ — شروط المسئولية واساسها :

تقرر هذه المسئولية وتبين شروطها ، المادة ١٧٤ من القانون المدنى التى تنص على أن :

---

(١) بان يثبت انه احسن تربية ولده مثلا واعتاد محاسبته على كل الاخطاء والهفوات بما لا يترك له مجالا للانحراف •

(٢) ومثل ذلك ان يقع الفعل الضار من الخاضع للرقابة وقوعا مفاجئا لا يمكن توقعه ولا يستطاع تجنبه ، كما لو اتى تلميذ سوى حركة مفاجئة بيده ، اثناء درس ، وكان يمسك بقلم اصاب به فى هذه الحركة وجه تلميذ آخر يجلس بجانبه ، فاية صورة من الرقابة او شدة الاحتياط ما كانت لتمنع وقوع الضرر فى مثل هذه الصورة •

« ١ — يكون المتبوع مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله غير المشروع ، متى كان واقعا منه فى حال تأدية وظيفته أو بسببها .

٢ — وتقوم رابطة التبعية ، ولو لم يكن المتبوع حرا فى اختيار تابعه ، متى كانت له عليه سلطة فعلية فى رقابته وفى توجيهه » .

ومن هذا النص يتبين أن قيام هذه المسئولية يستلزم توافر الشرطين الآتيين :

(أ) أن تكون هناك علاقة تبعية بين المسئول وبين مرتكب الفعل الضار .

(ب) أن يكون خطأ التابع فى حال أدائه لوظيفته أو بسببها .
ونبين معنى كل من الشرطين :

الشرط الاول — رابطة التبعية :

تتحقق التبعية ، كما تشير الى ذلك الفقرة الثانية من المادة ١٧٤ ، فيما يكون للمتبوع من سلطة فى توجيه التابع ورقابته ، والمفروض أن تكون هذه السلطة بالنسبة للاعمال التى يلتزم التابع القيام بها لحساب المتبوع .

وليس من اللازم أن تكون السلطة التى تتوافر بها التبعية سلطة شرعية ، أى مترتبة على سبب قانونى تقوم استنادا اليه ، كعقد أو حكم القانون ، بل يكفى أن تكون سلطة فعلية أو واقعية لا تستمد من مصدر قانونى ، فالتبعية تتوافر بناء على عقد عمل ، كما هى الحال فى تبعية السائق أو الخادم أو العامل أو الموظف ، بالنسبة لمن يعمل لديه[1] ، وهى تتوافر ولو لم يكن المتبوع حرا فى اختيار تابعه ، فالهيئة الاقليمية ، كالمحافظة أو المدينة ، التى تعين لها الحكومة

---

(١) وتتوافر التبعية ولو كان عقد العمل باطلا ، مادام قد نفذ ومارس العامل عمله فعلا لمصلحة صاحب العمل .

المركزية موظفين أو عمالا ، لا تختار هؤلاء الموظفين أو العمال ، ولكن تتوافر لها عليهم تبعية تجعلها مسئولة عن أفعالهم الضارة بالغير ، كما تتوافر التبعية لمجرد توافر سلطة الرقابة والتوجيه ، ولو لم تقم هذه السلطة على علاقة قانونية ، كما لو قامت الزوجة او الابن بعمل لحساب الزوج أو الاب باعتباره من شئون الاسرة ، اذ تتوافر فى هذه الصور تبعية فعلية ، بل ان الفقه يرى أن التبعية تتوافر فى علاقة رئيس عصابة بأفراد هذه العصابة ، ما داموا يأتمرون بأوامره ، ويكون مسئولا عن أفعالهم الضارة بالغير .

ومضمون السلطة التى تنشأ بها التبعية هو حق المتبوع فى رقابة التابع وتوجيهه فى قيامه بالعمل ، وليس من اللازم لذلك أن يكون المتبوع قادرا على ادارة العمل من الناحية الفنية ، بل يكفى أن تكون له سلطة التوجيه الادارى ، فالطبيب الذى يعمل لدى مستشفى مملوكة لاحد الافراد من غير الاطباء ، يعتبر تابعا لصاحب المستشفى لالتزامه بطاعته فيما يصدره من توجيهات ادارية لتنظيم العمل وتحديد طريقته(١) وكذا السائق يكون تابعا لصاحب السيارة الذى لا يعرف القيادة .

والتبعية تكون فى عمل معين يقوم به التابع لحساب المتبوع ، وذلك على خلاف الحال فى الصورة الاخرى للمسئولية عن فعل الغير ، وهى مسئولية متولى الرقابة ، الذى يسأل عن أفعال الخاضع للرقابة دون أن تكون هذه الافعال قد صدرت منه فى أداء أى عمل لحساب متولى الرقابة . فمعلم الحرفة يسأل عن الضرر الحادث بفعل « صبيانه » مادام الفعل قد وقع أثناء تعلم الحرفة ، رغم أن

---

(١) ومن الممكن ان يكون المتبوع غير قادر على التوجيه الادارى ، كما لو كان غير مميز ، ففى هذه الحال يكون وليه او وصيه او القيم عليه ، ممثلا له فى ممارسة الرقابة والتوجيه ، ولكن التبعية تكون قائمة فى علاقة « غير المميز » بمن يعملون لديه ، ويكون مسئولا عن افعالهم فى ذمته .

« الصبى » لا يمارس عمله لحساب معلم الحرفة ، بل يقوم به ليتعلم، أى لحساب نفسه •

ومن الممكن أن تنتقل التبعية مؤقتا من شخص الى آخر • فاذا استعار أحد الاشخاص سائق سيارة يعمل لدى احدى الشركات ، لينقله فى سيارته الى مكان ما ، فانه فى هذه المهمة يكون تابعا لمالك السيارة الذى استعاره ، ولا تكون الشركة مسئولة عن أفعاله بصفتها متبوعة فى هذه الفترة(١) •

الشرط الثانى — خطأ التابع أثناء أداء وظيفته أو بسببها :

يجب أولا : أن يكون عمل التابع الذى أحدث الضرر للغير خطأ وفقا لمعيار الخطأ كما عرفناه من قبل ، ونص المادة ١٧٤ — ١ مدنى واضح فى هذا ، فهو يقول أن المتبوع يكون مسئولا عن الضرر الذى يحدثه تابعه بعمله « غير المشروع »(٢) • ومن اللازم أيضا أن يكون الضرر الحادث مترتبا على هذا الخطأ ، أى أن تقوم رابطة السببية بين خطأ التابع والضرر الحادث للغير من فعله (فمسئولية المتبوع عن خطأ التابع مقررة لمصلحة الغير ، ولذا لا محل لها ان كان الضرر حادثا للتابع نفسه أو للمتبوع) ، فاذا اعتدى خادم على شخص الغير أو أمواله أو اذا ارتكب السائق حادثا باهماله فى قيادة سيارة مخدومه أوقع ضررا بالغير ، كان السيد أو من يستخدم السائق ، مسئولا عن تعويض الغير عن هذه الاضرار • واذا اعتدى عمال النقل العام على أحد الركاب كانت هيئة النقل مسئولة عن تعويضه (ولو لم يستطع

---

(١) وكذلك الطبيب الذى يجرى عمليات جراحية لحسابه الخاص فى مستشفى ، اذا استعان فى ذلك بممرضة تعمل فى المستشفى ، تكون الممرضة تابعة له فى قيامها بمعاونته فى هذه العمليات ، وتنتقل تبعيتها للمستشفى •

(٢) ونصوص القانون المدنى تجرى على استخدام تعبير « عمل غير مشروع » للدلالة على « الخطأ » •

المعتدى عليه تحديد شخص المعتـدى أو عـدد المعتـدين ، مادام اعتداؤهم كجماعة ثابتا) .

ومن يطالب المتبوع بتعويضه عن خطأ تابعيه عليه أن يثبت خطأ هؤلاء التابعين (كما فى مثل اعتداء الخادم أو عمال النقل العـام) ، ولكن قد يكون خطأ التابع مفترضا ، كما لو كان مدير مدرسة تملكها جمعية من الجمعيات ، ووقع الضرر بفعل أحد تلاميذها ، فخطـأ المدير فى الرقابة مفترض (فرضا يقبل اثبات العكس) ، ولا يحتـاج من يطالب بالتعويض الى اثباته فى الرجوع على الجمعية .

ويجب ثانيا : يكون الخطأ المنسوب الى التابع وقع منه فى حالة تأدية وظيفته أو بسبب أداء هذه الوظيفة ، وذلك حتى يكون الفعل الضار ذا علاقة وثيقة بتبعية مرتكبه لمن يسأل عنه ، فـلا يكفى أن يكون الفعل الضـار قد صدر من المتبوع بمناسبة الوظيفـة دون أن يكون مترتبا عليها ، واذا توافرت هذه السببية الواضحة بين الفعـل الضار وبين الوظيفة ، فلا يهم بعد ذلك أن يكون خطأ التابع نتيجـة تنفيذ أمر من المتبوع أو قام به التابع من تلقاء نفسه ، بل لا يهم أن يكون المتبوع عالمـا باعتزام التابع القيام به أو غير عالم ، وســواء أكان التابع يهدف به الى مصلحـة للمتبـوع أو يرتكبه بحافز شخصى خاص به ، ولا يعفى المتبوع من المسئولية أن يكون قد اعترض على فعل التابع قبل وقوعه .

ومثل خطأ التابع حال تأدية وظيفته ، أن يرتكب سائق السيارة حادثا ، باهمال منه ، أثناء قيامه بالعمل الذى يكلف به بحكم وظيفته ، أو أن يغلط الممرض فى الدواء (أو فى جرعتـه) الذى يكلف باعطـائه للمرضى ، أو أن يصيب الحارس الليلى عن رعونة ، من ظنه لصا بطلق نارى ، أو يفقد موزع البريد رسالة كلف بتسليمها ، أو أن يسقط خادم بالمنزل شيئا من شرفة المنزل أو نافذته ، يصيب مارا ، وغير ذلك من الامثلة .

ويكون خطأ التابع بسبب أداء الوظيفة : اذا كان خطأ التابع لم يكن ممكنا لولا وظيفته ، فموزع البريد الذى يسرق احدى الرسائل ما كان ليسهل عليه أن يفعل ذلك لولا أنها سلمت اليه لتوزيعها ، والحارس الذى يكلف بحراسة شخص بعد نوبة حراسته ، فيقتله ويستولى على ما معه من أموال ما كان ليرتكب هذا الفعل ، لولا وظيفته كحارس له ، وضابط الشرطة الذى يحبس شخصا فى قسم الشرطة بغير حق دون أن يكون مكلفا بالتحقيق معه ، ما كان ليتمكن من ذلك لولا أنه من رجال الامن •

والخطأ يكون أيضا بسبب أداء الوظيفة لو أن التابع لم يكن ليفكر فى ارتكابه ، لولا الوظيفة ، فالخادم الذى يرى سيده مشتبكا فى عراك ، فيتدخل لنصرته ويضرب الطرف الآخر ضربا يفضى الى موته ، بغير داع ، لم يكن ليفكر فى التدخل بهذه الصورة لولا علاقته بأحد المتعاركين • وناظر الزراعة الذى يعتقد أن أشخاصا معينين قد اعتدوا على زراعة من يعمل لديهم ، فيتوجه اليهم وينزل بهم عقابا قاسيا ، ما كان ليفكر فى مثل هذا العمل لولا أنه بحكم عمله ، مسئول عن الزراعة التى اتلفت •

وفى جميع الاحوال السابقة يكون المتبوع مسئولا عن تعويض الاضرار التى نتجت عن أخطاء التابع التى ارتكبها حال تأدية وظيفته أو بسببها •

أما ان كان الفعل الخاطىء الذى صدر من التابع ، غير متعلق بعمله ، واذا كان هذا العمل مجرد مناسبة لارتكاب الخطأ ، فلا يكون المتبوع مسئولا عنه بل تنشأ عنه مسئولية مرتكبه وحده ، فالطاهى الذى يجد فى أدوات المطبخ سكينا كبيرة ، فيأخذها ليطعن بها خصما له ، لخلاف بينهما لا صلة له بعمله(١) ، « والخفير » الذى يستخدم

---

(١) اما لو كان استخدام السكين لطعن احد من يتعامل معهم فى قضاء حاجات من يعمل لديهم لخلاف نشأ بسبب هذا التعامل ، فان خطأه يكون عندئذ مترتبا على عمله ، اى « بسبب الوظيفة » .

« بندقيته » فى تسوية حساب شخصى مع آخر ، لا يكون خطأ كل منهما أثناء العمل أو بسببه ، فالوظيفة مجرد مناسبة هيأت له وجود سلاح تحت تصرفه ، ولذا لا يكون المتبوع مسئولا عن تعويض الغير عن الضرر الحادث من مثل هذه الاخطاء .

ومن باب أولى لا يكون المتبوع مسئولا عن خطأ تابعه اذا كان خطؤه منبت الصلة بعمله لديه . فالخادم الذى يسكن فى مسكن مستقل عن منزل مخدومه ، ويرتكب سرقة من جيرانه هو ، لا تقوم أية صلة بين خطئه وعمله ، ولا يتصور أن توجه أية مطالبة الى المخدوم بسبب هذه السرقة(١) .

أساس مسئولية المتبوع :

مسئولية المتبوع عن فعل تابعه مسئولية عن فعل الغير ، تقوم على أساس ارتكاب الغير (التابع) لخطأ يحدث ضررا لشخص آخر ، ويتحملها المتبوع بسبب ما يربطه بالتابع من علاقة التبعية .

فقيام مسئولية المتبوع يستلزم أولا مسئولية التابع ، باثبات خطئه والضرر المترتب عليه ، فاذا ثبتت هذه المسئولية ، نشأت استنادا اليها مسئولية المتبوع عن تعويض الضرر ، وذلك لمصلحة الغير المضرور . ومسئوليته عن هذا التعويض مسئولية لا يستطيع أن يتخلص منها باثبات أنه لم يقصر فى رقابة تابعة أو توجيهه ، أى ولو أثبت أنه بذل فى ذلك كل الجهد الذى كان من اللازم أن يمنع ارتكاب الخطأ ووقوع الضرر للغير ، كما أن الفقه يقول أنه لا يستطيع أن يتخلص من المسئولية أيضا ولو أثبت أنه لا صلة بين ما يمكن أن ينسب

---

(١) ويوصف خطأ الخادم فى هذه الحال بأنه خطأ « اجنبى عن الوظيفة » .

اليه من تقصير وبين وقوع الضرر للغير ، أى لا يستطيع أن يتخلص من المسئولية بنفى رابطة السببية[١] .

وقد حاول الفقه تفسير أساس مسئولية المتبوع بهذه الاحكام ، فقال البعض انهـا تقوم على خطأ مفترض فى جانبـه ، وقال البعض الآخر بأنها تقوم على فكرة تحمل التبعة أو فكرة الضمان :

فقد ذهب بعض الفقه الى أن أساس مسئولية المتبوع هو الخطأ المفترض فى جانبه ، سواء فى اختيار التابع أو فى مراقبته وتوجيهه ، وانه لا يقبل منه اثبات عكس هذا الافتراض ، أى أن أساس مسئوليته هو خطأ مفترض غير قابل لاثبات العكس[٢] . ولكن الفقه يأخذ على هذا الرأى ما يأتى :

(أ) أن بناء المسئولية على افتراض الخطأ يقتضى اباحة نفى هذا الافتراض ، أو على الاقل اباحة نفى المسئوليـة عن طريق نفى رابطة السببية ، وذلك لا يباح للمتبوع .

(ب) لو بنيت المسئولية على الخطأ ، للزم أن يعفى المتبوع من المسئولية ان كان غير مميز ، لان غير المميز لا ينسب اليه الخطأ ولو افتراضا ، وغير المميز يسأل باعتباره متبوعا ، كما رأينا ، مما يجعل تفسير أساس المسئولية بأنه خطأ مفترض ، تفسيرا غير مقنع .

(ج) أن الالتجاء الى فكرة خطأ المتبوع ، ولو كان هـذا الخطأ مفترضا ، يقتضى النظر الى مسئولية المتبوع على أنها مسئولية ذاتية (أى عن سلوكه)[٣] ، والحال أنها مسئولية عن فعل الغـير ،

---

(١) وان كان يستطيع ان ينفى مسئوليته عن طريق نفى مسئوليـة التابع ، بأن يثبت مثلا انتفاء عـلاقة السببية بين خطأ البـائع والضرر الحادث للغير .

(٢) نقض ١٩٧٧/١٢/١٥ فى الطعن رقم ٤٢٠ لسنة ٤٤ ق .

(٣) ويقول السنهورى فى الوجيز ، فقـرة ٤٤٤ ، ان مسئوليـة المتبوع عن فعل التابع ، هى الصورة الوحيدة للمسئولية عن فعل الغير ، على أساس أن مسئولية متولى الرقابة مسئولية عن خطئه هو فى الرقابة والتوجيه ، وهى مسئولية تنتفى باثبات عدم تقصيره فى الرقابة ، كمـا تنتفى بنفى رابطة السببية .

وهذا يعنى امكان صرف النظر عن خطأ المسئول فى تقريرها •

ولذا ذهب البعض الآخر الى أن مسئولية المتبوع عن أخطاء تابعة أساسها تحمل التبعة ، فمادام يفيد من نشاطه ، من اللازم أن يتحمل أيضا بالاضرار التى تترتب للغير من هذا النشاط ، واذا كان لهذا التفسير من ميزة تبريره عدم امكان المتبوع التخلص من المسئولية بنفى الخطأ أو نفى رابطة السببية ، وكذا تبريره مسئولية عديم التمييز ، باعتباره متبوعا ، الا أنه لا يتفق مع اشتراط وقوع خطأ من التابع كشرط لقيام مسئولية المتبوع ، لان المسئولية المبنية على تحمل التبعة كانت تقتضى الزام المتبوع بتعويض الاضرار الحادثة للغير من نشاط التابع ، ولو لم يكن هناك خطأ من جانب التابع ، لان هذا هو الذى يتفق مع فكرة تحمل التبعة التى تقوم على أن من يفيد من نشاط معين، بتحمل ما يترتب عليه من ضرر ، دون بحث عن ارتكاب خطأ أو عدم ارتكابه ، كما أن بناء المسئولية على تحمل التبعة كان يقتضى تحمل المتبوع فى ذمته للتعويض المؤدى للغير ، ولا يتفق هذا الاساس مع اجازة رجوع المتبوع على التابع بما أداه للغير من تعويض ، على خلاف المسلم من حقه فى هذا الرجوع •

وذهبت آراء أخرى الى تفسير مسئولية المتبوع قبل الغير الذى يضار بخطأ التابع ، بأن هذه المسئولية تقوم على ضمان من المتبوع لمصلحة الغير لكل ما يترتب على خطئه من أضرار لهم ، وهذا الضمان بقوم بحكم القانون ، لمجرد توافر التبعية[1] •

---

(١) وهناك من يرجع مسئولية المتبوع الى اعتبار التابع نائبا للمتبوع، مما يجعل المتبوع مسئولا عن كل اعماله التى تحدث ضررا واجب التعويض للغير . وهناك راى آخر يقيم هذه المسئولية على حلول التابع محل المتبوع ، واعتبار خطأ التابع بمثابة خطأ المتبوع .

وفكرة الضمان كأساس لتفسير مسئولية المتبوع تقوم على افتراض وجود هذا الضمان ، دون أن يكون لذلك سند من احكام القانون ، ودون =

مسئولية التابع ، ورجوع المتبوع عليه :

لا تثبت مسئولية المتبوع الا على أساس ثبوت خطأ التابع ومسئوليته ، ولذا فان التابع المميز يكون مسئولا عن الضرر الحادث بخطئه للغير ، مسئولية عن الفعل الشخصى •

والغير المضرور بالخيار بين الرجوع على التابع (ان كان موسرا) أو الرجوع على المتبوع ، وبين الرجوع عليهما معا ، متضامنين ، للحصول على تعويضه عن الضرر •

واذا اختار الرجوع على المتبوع ، كان لهذا أن يرجع على التابع ليسترد ما أداه الى الغير من التعويض ، وفقا لحكم المادة ١٧٥ مدنى[١] • هذا اذا كان الضرر قد حدث بخطأ التابع وحده ، أما أن كان حدث بخطئهما المشترك ، كأن يكون بناء على أمر من المتبوع للتابع ، فان قواعد المسئولية المشتركة تطبق فى هذه الحال ، ولا يكون رجوع المتبوع على التابع الا بجزء من التعويض يتناسب مع جسامة خطئه •

= ان يتم التحقق من اتجاه النية الى هذا الضمان فى الظروف المختلفة لقيام علاقة التبعية ، ولذا فاننا نستطيع أن نقول ان فكرة تحمل التبعة تصلح اساسا لتفسير هذه المسئولية ، التى تقوم لمصلحة الغير المضرور وحده ، مما يجيز رجوع المتبوع على التابع ، ومع اعتبار اشتراط خطأ التابع شرطا مبررا لقيام المسئولية بهذه الاحكام .

(١) ولا يستطيع التابع أن يدفع مطالبة المتبوع له . بافتراض مسئولية المتبوع ، لأن هذا الافتراض لمصلحة الغير وحده .

وقد برر حكم النقض الصادر فى ١٩٧٦/٥/٨ رجوع المتبوع على التابع بأن التزام المتبوع بالتعويض ، هو التابع ، اساسه كفالة تضامنية بحكم القانون . وانظر حكم ١٩٧٩/٥/١٠ فى الطعن رقم ٨٧١ لسنة ٤٣ ق •

المبحث الثــانى

المسئولية عن ضرر الاشياء

١٢١ ـ صـــورها :

تنظم المواد من ١٧٦ الى ١٧٨ من القانون المـدنى ، مسئولية الشخص عن الاضرار التى تحدثها الاشياء التى يكون مكلفا بحراستها ولو لم يكن مالكا لها ، وتتناول كل منها أحكام المسئولية عن الضرر الحادث من نوع معين من الاشياء ، فالمــادة ١٧٦ تتكلم عن مسئولية حارس الحيوان ، والمــادة ١٧٧ تتضمن أحــكام مسئوليــة حارس البنــاء ، أما المــادة ١٧٨ ، فتبين أحــكام المسئولية عن حراســة الآلات الميكانيكية أو الاشياء الاخرى التى تتطلب حراستها عنــاية خاصــة •

ونظرا الى أن أحكام المسئوليــة عن ضرر الحيــوان وأحــكام المسئولية عن ضرر الاشياء الاخرى غير البناء لا خلاف بينها ، فاننــا نتناولها باعتبارها صورة واحدة من المسئوليــة ، بجانب الصــورة الاخرى ، التى تخضع لنظام مختلف وهى مسئولية حارس البناء •

١ ـ مسئولية حارس الحيوان والاشياء التى تتطلب حراستهــا عناية خاصــة :

١٢٢ ـ شروط المسئولية وأساسها :

تبين المــادة ١٧٦ مدنى أحكام مسئولية حارس الحيوان ، فتنص على أن « حارس الحيوان ، ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، ولو ضل الحيوان أو تسرب ، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبى لا يد له فيه » •

كما تنص المــادة ١٧٨ على أحــكام مسئولية حارس الاشــياء الاخرى (غير البناء) فتقضى بأن « كل من تولى حراسة أشياء تتطلب

دراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية ، يكون مسئولا عما تحدثه هذه الاشياء من ضرر ، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب لا يد له فيه ، هذا مع عدم الاخلال بما يرد فى ذلك من أحكام خاصة » •

ومن النصين يتبين أن شروط قيام المسئولية فى الصورتين هى :

(أ) أن يحدث ضرر من الاشياء التى ذكرتها المادتان •

(ب) أن يكون المسئول حارسا لهذه الاشياء •

(جـ) أن يكون الضرر حادثا للغير •

ونتكلم عن كل شرط منها :

الشرط الاول :

الاشياء التى تحدث الضرر للغير ، فيكون حارسها مسئولا عن تعويضه ، اما أن تكون حيوانا ، أى نوع من الحيوان ، مستأنسا أو متوحشا ، كبيرا أو صغيرا ، خطرا أو غير خطر • فتقوم المسئولية من ضرر تحدثه دواب الزراعة أو الركوب ، أو تحدثه الكلاب أو القطط أو القردة أو الطيور أو النحل ، وما يمكن أن يملكه الانسان من حيوانات متوحشة كالسباع والنمور والفيلة والزواحف • واما أن تكون شيئا من الاشياء المنصوصة فى المادة ١٧٨ مدنى ، أى آلات ميكانيكية ، كالقاطرات والسيارات وآلات النسيج والحصاد والدراس والمخارط ، أو أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة ، كالاسلحة والمفرقعات والمواد الكيماوية الحارقة أو السامة ، والزجاج وأسلاك الكهرباء ، وأمثالها من الاشياء الخطرة(١) •

---

(١) وقد تكون طبيعة الشىء لا تجعله خطرا يستلزم فى حراسته عناية خاصة ، ولكن ظروف استعماله تجعله خطرا ، كمواد البناء فوق « السقالات » أو القار يسخن لرصف الطريق .

الشرط الثانى :

أن يكون الشىء فى حراسة المسئول ، والحراسة يقصد بها السيطرة الفعلية على الشىء فى الرقابة عليه أو فى استعماله والعناية به ، بصرف النظر عن استناد هذه الحراسة الى حق على الشىء كالملكية أو غيرها أو عدم استنادها الى حق مشروع .

فملكية الشىء تتضمن حراسته ، والمالك يعتبر هو الحارس الا ان أثبت انتقال الحراسة الى الغير ، سواء أكان ذلك برضاء منه واتفاق مع هذا الغير ، كما لو نقل حراسة الشىء الى مستأجر أو مستعير أو نقل الحيوان الى عيادة طبيب بيطرى ، أو عهد بالسيارة الى « ميكانيكى » لاصلاحها ، أم كان بغير رضائه كما لو سرق منه الحيوان أو السيارة أو أى شىء آخر ، فالسارق يعد عندئذ حارسا للشىء ، رغم أن سلطته الفعلية عليه لم تنشأ بسبب مشروع ، ويكون مسئولا عما يحدثه من ضرر للغير .

واذا كان الشىء حيوانا ، فضل أن تسرب ، فان هذا لا يسقط حراسة الشخص عنه ، وقد نص القانون على ذلك صراحة (فى المادة ١٧٦ مدنى) .

والحراسة سيطرة فعلية مستقلة ، بمعنى أنها يجب أن تكون لحساب الحارس نفسه ، أما لو كانت سيطرة الشخص على الشىء لحساب الغير ، فانها لا تعد حراسة ، ولا يكون صاحبها مسئولا عن ضرره باعتباره حارسا ، « فالسايس » أو السائق ، لا يعد كل منهما حارسا للحيوان أو للسيارة أو الجرار ، بل تبقى الحراسة لمن يستخدم السايس أو السائق ، ويكون هو المسئول دونهما .

الشرط الثالث :

لا تقوم المسئولية بغير حدوث ضرر يلتزم المسئول بتعويضه ، والضرر الذى يلزم حدوثه لقيام مسئولية حارس الحيوان أو الاشياء

الاخرى يجب أن يكون ضررا حادثا من الحيوان أو الشيء ، أى حادثا من تأثيره ، كما لو دهم حصان وهو يجرى طفلا أو شاة أو كلبا للغير ، فأصابه ، أو نزلت دواب شخص فى زراعة آخر فأتلفتها أو صدمت السيارة أثناء سيرها مارا على قدميه ، أو اذا اصطدمت بسيارة أخرى . وهذا يعنى أن الضرر يجب أن يحدث من تحرك الحيوان أو السيارة ، أو استخدامهما على أية صورة ، أى يجب ، كما يقول الفقه ، أن يحدث الضرر بدور ايجابى من الحيوان أو الشيء . أما ان لم يكن للحيوان أو الشيء هذا الدور الايجابى فى حدوث الضرر ، فانه لا يعد ضررا حادثا منه ، فاذا تعثر سائر على أقدامه فى جسم حيوان نائم فوقع وأصيب ، أو اذا اندفع شخص يجرى فسقط على سيارة تقف على جانب الطريق ، فتمزقت ملابسه أو أصيب فى جسمه ، لا يكون الضرر الحادث لايهما ضررا حادثا من الحيوان أو من الشيء . ولكن لا يلزم لاعتبار الضرر من الحيوان أو من الشيء أن يحدث تلامس بينه وبين من يقع عليه الضرر ، بل يكفى أن يكون وقوع الضرر من تأثيره ولو عن بعد ، فاذا ظهر حيوان مفترس مملوك لشخص فجأة فى الطريق فجرى من فوجيء به مذعورا أو سقط فأصيب بضرر ، كان هذا الضرر من فعل الحيوان ، وكذلك أن وقفت سيارة فجأة أثناء سيرها ، فانحرفت السيارة التى خلفها لتجنب الاصطدام بها ، فاصطدمت بشجرة على جانب الطريق وتلفت ، أمكنت نسبة الضرر الى السيارة الاولى .

على أن ضرر الحيوانات أو الاشياء قد يحدث نتيجة سلوك شخص يتعمد احداث هذا الضرر مستخدما الحيوان أو الشيء ، وعندئذ لا يمكن أن ينسب الضرر الى الحيوان أو الشيء ، فكل منهما يصبح فى هذه الحال مجرد أداة فى يد الشخص ، وينسب الضرر عندئذ الى فعل الشخص لا الى الحيوان أو الشيء ، فمن يمسك بسلاح نارى (مسدس ، وهو شيء خطر) ويطلقه على شخص قاصدا اصابته ، تكون مسئوليته عن الضرر الذى ينتج عن ذلك ، مسئولية

عن فعله لا عن ضرر « الشيء » (١) • وكذلك من يحرض كلبا على ايذاء شخص آخر ، فيجرحه أو يرعبه ، يكون مسئولا عن تعويض الضرر الحادث لهذا الشخص مسئولية عن فعله ، لا عن فعل الحيوان ، فان كان الحارس شخصا آخر ، لم يكن مسئولا •

والضرر الذى يسأل عنه حارس الحيوان أو الاشياء الاخرى ، هو الضرر الحادث للغير ، ويعتبر تابع الحارس من الغير فى هذا الصدد ، فلو رفس الحصان « سايسه » فأحدث به ضررا أو أصابت الآلة من يقوم بادارتها ، كان للمصاب الرجوع على الحارس وفقا لقواعد المسئولية عن الحيوان أو الاشياء • ولكن ان حدث الضرر للحارس نفسه ، كما لو كان مستأجر الحيوان أو الشيء ، فناله منه ضرر ، فانه لا يرجع على المالك على أساس المسئولية عن الحراسة ، بل يرجع عليه عندئذ وفقا لقواعد المسئولية العقدية ، على أساس ما يتبين فى الحيوان أو الشيء من عيوب ، كما لو تبين أن الحصان المستأجر مريض بمرض معد انتقل الى خيل المستأجر ، أو تبين أن بعض أجزاء السيارة كان معيبا مما أدى الى وقوع حادث لمستأجرها أثناء استعماله لها •

واذا حدث الضرر للحيوان أو الشيء وكان الحارس غير المالك ولم يكن انتقال الحراسة من المالك الى الحارس بمقتضى عقد من العقود يتحدد بموجبه طبيعة المسئولية ومداها ، لا يرجع المالك على الحارس الا وفقا لقواعد المسئولية عن الخطأ الشخصى •

أساس مسئولية الحارس ووسائل دفعها :

تنص المادتان ١٧٦ و ١٧٨ على حكم واحد فى تخلص الحارس من مسئوليته عن ضرر الحيوان أو الاشياء الخطرة هو أن الحارس

---

(١) فان لم يكن المسدس فى حراسته ، بل كان فى حراسة آخر ، لم يكن الحارس مسئولا •

يستطيع أن يدفع مطالبته بالتعويض اذا أثبت أن الضرر وقع بسبب أجنبى لا يد له فيه ، أى اذا أثبت أن وقوع الضرر يرجع لسبب آخر غير خطئه ، كأن يثبت الحارس أن المضرور الذى تعرض لعضة كلب هو الذى تعمد اثارة هذا الكلب وايذاءه حتى هاجمه ، فهو يثبت بذلك أن خطأ المضرور هو السبب الوحيد لما حل به من ضرر . وكذلك الحال اذا كان الضرر لم يقع الا بفعل شخص من الغير ، فمن يفتح سيارة مغلقة تقف على جانب طريق منحدر ، ويجلس فيها ثم يحل جهاز ايقافها (فرملة اليد) فتنزلق السيارة وتصيب آخر أو تتلف مالا من الاموال ، يكون مسئولا عن فعله (خطئه) ، واذا رجع المضرور على حارس السيارة يكون لهذا أن يثبت أن « فعل الغير » هو السبب فى حدوث الضرر ، لينفى مسئوليته (١) .

ويذهب الفقه الى أن أساس مسئولية حارس الحيوان أو الاشياء هو خطأ فى الحراسة ، وأن هذا الخطأ مفترض من مجرد وقوع الضرر بفعل الحيوان أو الشىء ، افتراضا لا يقبل أثبات العكس ، وأن اثبات الحارس لحدوث الضرر بسبب لا يد له فيه ، هو نفى لعلاقة السببية بين خطئه (الذى لا يحق له أن ينفيه) وبين الضرر الحادث للغير .

ولكن بعض الفقه يقول ان اثبات الحارس للسبب الاجنبى الذى حدث منه الضرر هو نفى لخطئه فى الحراسة ، وأن اثبات السبب الاجنبى هو الوسيلة الوحيدة التى قرر القانون قبولها لنفى الخطأ(٢) .

---

(١) ولكن ان ظل سبب الضرر الحادث من الحيوان او الشىء مجهولا، كانت المسئولية على الحارس ، فتخلصه من المسئولية يوجب عليه أن يثبت ان الضرر حدث ، بسبب لا يد له فيه .

(٢) يذهب راى آخر الى أن مسئولية حارس الحيوان او الأشياء ، مسئولية تقوم على تحمل التبعة ، وان لم تكن تبعة الغنم والغرم كما هى الحال فى مسئولية المتبوع عن فعل التابع ، والا كانت دائما على المالك ، وانما هى تبعة السلطة أو المخاطر ، لارتباطها بالحراسة .

٢ ـ مسئولية حارس البناء عن انهدامه

١٢٣ ـ شروط المسئولية وأساسها :

تنص على هذه المسئولية ، المادة ١٧٧ من القانون المدنى التى تقرر أن :

« ١ ـ حارس البناء ، ولو لم يكن مالكا له ، مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ولو كان انهداما جزئيا ، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع الى اهمال فى الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه .

٢ ـ ويجوز لمن كان مهددا بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر ، فان لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على اذن من المحكمة فى اتخاذ هذه التدابير على حسابه » .

ومن النص السابق يتضح أنه يلزم لقيام مسئولية حارس البناء شرطـان :

(أ) وجود بناء فى حراسة المسئول .

(ب) أن يحدث الضرر من انهدامه .

الشروط الاول :

يجب أن يحدث الضرر من بناء ؛ ويصدق وصف البناء على أى نوع من المبانى ، بصرف النظر عن المواد التى اقيمت منها ، أحجار أو أخشاب أو حديد أو خليط من كل هذا أو من بعضه ، وسواء أكانت معدة لتكون مساكن أو مخازن أو مأوى للحيوانات . ويعد من المبانى أيضا ، الاعمدة والتماثيل ، والقناطر والجسور والخزانات والسدود ، وكذا ما يشيد تحت الارض من الانفاق والكهوف وقنوات

المجارى ، وسواء أكان كل ذلك قد تم تشييده أم كان لا يزال فى طور البنـاء .

ومسئولية تعويض الضرر الحادث من البناء تقع على الحارس ، والحراسـة تعنى هنا أيضا السيطرة الفعلية على المبنى ، التى تقتضى الالتزام بحفظه وصيانته وتتمثل فى القدرة على استعمـاله وادارته . وهذه السـيطرة تكون عادة للمـالك ، ولكن من الممكن أن تـكون الحراسـة لغير المالك ، كصاحب حق الانتفاع والمرتهن رهن حيازة ، كما تـكون هذه الحراسة للمقاول طـوال فترة اقامة المبنى حتـى تسليمه (١) .

ويلاحظ أن مستأجر البناء لا يعد حارسا له ، على خلاف ما رأينا فى حراسة الحيوانات أو الاشـياء الاخرى ، ذلك أن السـيطرة على البناء المؤجر ، أى حراسته ، بما تقتضيه من التزام بالصيانة ، تبقى للمالك المؤجر(٢) .

ولا يلزم أن تكون سيطرة حارس المبنى قائمة على حق ، ليعتبر حارسا ، فهى كما أشرنا سيطرة فعلية ، يمكن أن تتحقق لحائز سيىء النية أو غاصب ، ويكون كل منهما مسئولا عن الاضرار التى تحدث للغير من البناء الذى تكون له عليه هذه السيطرة .

---

(١) وبائع المبنى يظل حارسا له حتى يسلمه الى المشترى ، فيصبح المشترى هو الحارس ، حتى قبل ان يسجل عقد الشراء .

(٢) والمسئولية ، كما يؤخذ من نص المـادة ١٧٧ — ١ ، تكون عن الضرر الحـادث من انهـدام البناء بسبب نقص الصـيانة او قدم المبنى او عيب البناء ، وهى كلها اسباب يسأل عنها مالك هذا البناء أو صاحب الحق العينى عليه او حائزه ، فكل هؤلاء مكلف بترميمه ، ولكن اذا كان المبنى مؤجرا وحدث انهدامه جزئيا نتيجة نقص الصيانة التى يلتزم بهـا المستأجر ، اى نتيجة اهماله فيما يلتزم القيام به من الترميمات البسيطة كاصلاح نافذة ، فتسقط هذه النافذة على مار فى الطريق ، يكون المستأجر هو المسئول عن تعويض الضرر الناتج عن سقوطها .

الشـرط الثـانى :

أن يكون الضرر ناجما من تهدم البناء كليا أو جزئيا ، والتهدم هو تفكك البناء وانفصال أجـزائه المكونة له ، كانهـدام حائط أو انهيار سقف أو سقوط شرفة ، أو انفصال التماثيل الملتصقة بالحوائط وسقوطها ، أو تهدم سلم • فان لم يكن الضرر ناتجا عن انهدام كلى أو جزئى فى المبنى لم يكن الحارس مسـئولا عنه مسـئولية حارس البناء ، فاذا انزلق شخص على سـلم فسقط وأصيب بكسور ، أو اذا اصطدم سائر فى الطريق بحائط اقامة شخص مخالفا لوائح البناء ، لا يعد ما أصابهما من ضرر مما يسأل عنه حارس البناء • وكذلك أو احترق بناء وامتد الحريق منه الى بناء آخر ، لا يكون حارس البناء الاول مسئولا عن حريق البناء الثانى ، مسئولية حارس البناء ، ولو انهدم البناء نتيجة الحريق •

وانهدام البناء الذى يؤدى الى مسئولية حارسه يجب أن ينتج ، كما يؤخذ من نص المـادة ١/١٧٧ ، عن اهمال فى صيانته أو قدم فى البناء أو عيب فيه •

ولم يترك القانون من يتعرض لخطر انهدام البناء بلا حماية حتى يقع الانهدام فعلا ، بل نص فى الفقرة الثانية من المـادة ١٧٧ على حقه فى اتخاذ الاجراءات الوقائيـة ، بمطالبة المـالك بالقيام بالتـدابير الضرورية لدرء خطر الانهدام ، فان لم يقم المـالك من تلقاء نفسه بما يلزم لمنع الانهدام ، أجبر على ذلك عن طريق اذن القضـاء لصاحب المصلحة باتمام الاعمال اللازمة على حسابه •

أساس المسئولية ووسائل دفعها :

حارس البناء ، كما يقول نص المـادة ١/١٧٧ ، يكون مسـئولا عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ، الا أن أثبت أن الانهدام لا يرجع لنقص فى الصيانة أو قدم المبنى أو عيب فيه • وهذا يعنى أنه اذا كان انهدام المبنى الذى أحدث الضرر بالغير ناتجا عن أحد هذه الاسباب ،

فان مسئولية حارس البناء تقوم دون حاجة الى اثبات أى خطأ فى جانب الحارس . ولذا يقول بعض الفقه ان مسئولية حارس البناء تقوم على خطأ مفترض فى جانبه ، مضمونه أنه أهمل فى الصيانة أو ترك المبنى حتى صار قديما أو لم يصلح من عيبه ، أى يفترض ابتداء أن الانهدام نشأ عن أحد هذه الاسباب ، وهذا الافتراض يقبل اثبات عكسه ، أى يجوز للحارس أن يثبت أن الانهدام حدث عن سبب آخر غير اهمال الصيانة أو قدم المبنى أو عيبه ، كأن يثبت مثلا أن الانهدام كان نتيجة لاعمال يقوم بها مستأجر لجزء من المبنى ، كما لو كان يثبت هوائية « التليفزيون » فهدم جزءا من سور « السطح » فسقط على مار فأصابه أو على سيارة فأتلفها (١) فان لم يستطع اثبات ذلك ، كان مسئولا عن ضرر الانهدام ، ولا يمكنه أن ينفى عن نفسه الخطأ فى القيام بواجبات الحراسة ، لان افتراض خطئه عندئذ افتراض لا يقبل اثبات العكس .

ويرى البعض الآخر من الفقه أن مسئولية حارس البناء ، عن الضرر الناتج من انهدامه ، لاحد الاسباب التى يحددها القانون (اهمال الصيانة أو القدم أو العيب) مسئولية قائمة على تحمل التبعة (٢) .

---

(١) او يثبت ان التهدم نتيجة لقوة قاهرة كزلزال ، او لقصف جوى من طائرات مغيرة .

(٢) تبعة السلطة ، مثل حال حراسة الحيوان والاشياء الخطرة ، لا تبعة الغنم والغرم ، كما فى حال مسئولية المتبوع عن فعل التابع .

الباب الثالث

الفعل النافع

(الاثراء بلا سبب)

١٢٤ ــ تمهيد وتقسيم :

الفعل النافع كمصدر للالتزام ، هو واقعة ، فى أغلب الاحوال فعل انسان ، يترتب عليها حدوث منفعة لشخص ، لا يستحقها وفقا للقانون ، فيقضى القانون بالتزام هذا الشخص برد المنفعة الى من كان افتقاره سببا فى حدوثها ، على أساس أن حصول المثرى على هذه المنفعة فى هذه الحال اثراء بلا سبب على حساب الغير •

والاثراء على حساب الغير ، كمصدر للالتزام ، يعنى أن كل من تلقى فى ذمته مالا نتيجة افتقار لشخص آخر ، دون توافر سبب قانونى يبرر الاثراء أو الافتقار ، يلتزم بأن يرد الى المفتقر ما لحقه من خسارة ، دون أن يجاوز فى هذا الرد ، وفقا للقاعدة الاصلية ، مقدار ما أثرى به ، أى يلتزم بالرد فى حدود أقل قيمتى الاثراء والافتقار •

والصور العملية لاستفادة الشخص بلا حق ، على حساب الغير ، صور كثيرة ، من ذلك أن يشغل شخص دارا لآخر دون أن تكون مؤجرة له ودون أن يؤدى مقابلا لانتفاعه بها ، سواء أكان ذلك بحسن نية اذا كان يعتقد أنها ملك له أو أن مالكها نزل له عن الانتفاع بها ، أم بسوء نية ، أى مع العلم بأنه لا حق له فى منفعتها ، ومن صورها أيضا جنى ثمار حديقة شخص آخر ، أو تلقى خدمات من الغير ، كعناية الطبيب فى علاج مرض أو جهد المحامى فى اتخاذ

اجراءات قضائية ، أو تلقى وفاء من الغير بما يظن أنه مدين به للموفى له ، وهو غير مدين له فى الواقع ، وكذلك كسب الشخص ملكية ما يلتصق بأرضه من بناء أو غراس بفعل الغير ، ففى كل هذه الصور ، وغيرها ، يكسب شخص مالا من الاموال ، دون سند قانونى ، ولذا يعتبر مثريا بلا سبب على حساب الغير ، ويلتزم بأن يرد هذا الاثراء الى من كان افتقاره سببا فى حدوثه •

ويسلم الفقه بأن مبدأ الالتزام برد الاثراء بلا سبب على حساب الغير ، مبدأ مأخوذ به فى كل القوانين الحديثة ، كقاعدة عامة ، بجانب ما يمكن أن يكون هناك من تطبيقات له فى نظم خاصة تقوم أحكامها القانونية على هذا المبدأ ، كما فى تنظيم رد الوفاء بما هو غير مستحق للموفى له ، أو تنظيم تعويض المفتقر فى حال البناء أو الغراس فى ملك الغير ، أو تعويض الفضولى عما يقوم به من أعمال لمصلحة شخص آخر •

والقانون المدنى المصرى يضع أحكام القاعدة العامة للالتزام برد الاثراء فى المادتين ١٧٩ و ١٨٠ ، كما ينظم ما يعتبره من تطبيقات هذا المبدأ ، فى التزام متلقى الوفاء بما لا يستحقه ، برد ما يتلقاه بموجب هذا الوفاء ، (ويسميه دفع غير المستحق) فى المواد من ١٨١ الى ١٨٧ ، وفى التزام صاحب الاعمال بتعويض الفضولى عما تكلفه فى قيامه بالاعمال لمصلحته ، فى المواد من ١٨٨ الى ١٩٧ ، هذا بجانب تطبيقات أخرى لهذا المبدأ فى أحكام تعويض مالك الادوات التى يقام بها بناء أو غراس أرض مملوكة للغير ، فى المواد ٩٢٤ وما بعدها ، وفى رد المصروفات التى تنفق على ملك الغير فى المواد ٩٨٠ وما بعدها • ويلاحظ أن النصوص التى تضع قواعد هذه التطبيقات الخاصة للالتزام برد الاثراء ، لا تلتزم دائما أحكام القاعدة العامة فى التزام برد الأثراء ، وهذه القواعد العامة للالتزام برد الاثراء على حساب الغير ، هى ما ندرسه هنا فى الكلام عن هذا الاثراء كمصدر للالتزام ، كما ندرس كذلك تطبيقها فى حالى دفع غير المستحق ،

والفضالة (١) ، فيما يلى ، مقسمين هذه الدراسة الى فصلين ، ندرس فى الفصل الاول : القاعدة العامة فى الاثراء بلا سبب . وفى الفصل الثانى : الالتزام بالرد فى حال دفع غير المستحق وفى حال الفضالة .

(١) وهى القواعد التى اوردها القانون المدنى فى النصوص المنظمة للاثراء بلا سبب كمصدر للالتزام بصفة عامة فى المواد من ١٧٩ الى ١٩٧ .

الفصـــل الاول

القاعدة العامة فى الالتزام برد الاثراء

١٢٥ ـــ تمهيـــــد :

تنص على مبدأ الالتزام برد الاثراء بـــلا سبب على حســـاب الغير ، المـــادة ١٧٩ من القانون المدنى المصرى التى تقضى بأن « كل شخص ، ولو غير مميز ، يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم فى حدود ما أثرى به ، بتعويض هذا الشخص عمـــا لحقه من خسارة ، ويبقى هذا الالتزام قائما ولو زال الاثراء فيما بعد » (١) .

ونص القانـــون المدنى المصرى على مبدأ الالتزام برد الاثراء بلا سبب ، مسلك تتبعه كثير من التقنينات الحديثة ، والواقع أن هذا المبدأ لم يبرز كقاعدة عامة الا فى العصور الحديثة ، فالقوانين القديمة ، كالقانون الرومانى ، لم تكن تتضمن قاعدة عامة للالتزام برد الاثراء ، بل كانت تقتصر على تقرير هذا الالتزام فى أحوال خاصـــة وصـــور محددة (٢) ، بل ان القانون المدنى الفرنسى ، الصادر فى بداية القرن التاسع عشر ، لم يتضمن نصا على مبدأ الالتزام برد الاثراء كقاعدة عامة ، وان تضمن نصوصا تطبق أحكامه فى صور خاصة وتضع حلولا جزئية ، لان هذا المبدأ لم يكن قد اعتبر قاعدة عامة مسلمة فى ذلك الوقت ، ولكن هذا لا يعنى أن المبدأ غير قائم فى القانون الفرنسى ، بسبب عدم النص عليه فى التشريع ، فالفقه والقضاء فى فرنسا يجريان منذ أواخر القرن التاسع عشر على اعتبار الالتزام برد الاثراء مبدأ

---

(١) أما المـــادة ١٨٠ فتتناول ســـقوط دعوى المطالبـــة برد الاثراء بالتقادم ، وسنورد نصها فى كلامنا عن هذه الدعوى .

(٢) انظر فى تاريخ الالتزام برد الاثراء مؤلفنا عن الاثراء بـــلا سبب على حساب الغير كمصدر للالتزام ، فى القانون المدنى المصرى ، القاهرة، سنة ١٩٨٩/١٩٩٠ ص ٢٠ وما بعدها .

عاما رغم عدم النص عليه • ويمكن أن يقال أن هذا هو الحكم فى كل القوانين الاخرى (١) ، فى الوقت الحاضر •

ويلاحظ أنه فى القانون الفرنسى ، حيث لا يوجد نص على مبدأ الالتزام برد الاثراء بلا سبب على حساب الغير ، يحاول الفقه تبرير الالتزام برد الاثراء ، بتفسير أحكامه فى نطاق نظم قانونيــة أخــرى تتضمنها نصوص القانون المدنى ، كالفضالة أو المسئولية المدنية ، كما يذهب بعض الفقه الى ارجاعه الى فكرة العدالة (٢) • لكننا نعتقــد أن تقرير مبدأ الالتزام برد الاثراء لايحتاج الى تبرير، كما أنه لايحتاج الى النص عليه فى التشريع ، ذلك أن محاولة الفقــه الفرنسى ، تبرير قيامه بالالتجاء الى نظم قانونية أخرى منصوص عليها فى القانــون المدنى ، ترجع الى تأثر هذا الفقه بمدرسة الشرح على المتون فى فرنسا التى كانت ترى أن أى نظام قانونى لا يمكن التسليم بوجوده الا اذا كان منصوصا فى مجموعة نابليون ، وقد هجر فكر هذه المدرسة ومن اللازم أن يختفى ما يرتبط بهذا الفكر من نظريات قانونية ومنها محاولة ارجاع الالتزام برد الاثراء الى أحد نصوص القانون المدنى الفرنسى ، ويجب لذلك أن يعامل التزام المثرى برد ما أثرى به بغير وجه حق ، معاملة التزام المخطىء بتعويض من أضير من هذا الخطأ ، من حيث عدم حاجته الى أى تبرير خاص • والواقع أن حــكم رد الاثراء بلا حق يترتب بالضرورة على مبدأ قانونى عام مسلم فى أى نظام قانونى ، هو ضرورة استناد كسب أى حق الى القانون ، وأنه لا يمكن كسب المــال الا وفقا لاحكامه ، مما يعنى أن أى كسب لا يستند الى القانــون لا يكون مشروعا ، ولذا يلتزم من يحصل عليه برده الى من تم على حسابه بدون وجه حق ، لانه اثراء غير مشروع على حساب الغير •

---

(١) ويذهب بعض الفقه الى غير ذلك بالنســبة للقانون الانجليــزى والفقه الاسلامى ، انظر مؤلفنا السابق ، ص ١٨ ورأينا فى ذلك ص ٧٢ وما بعدهــا .

(٢) المرجع السابق ، ص ٦٣ وما بعدها .

١٢٦ — شروط نشوء الالتزام برد الاثراء :

من المـادة ١٧٩ مدنى نستطيع أن تتبين أنه يلزم لقيام الالتزام برد الاثراء شرطان أو ركنان ، الشرط الاول ، أن يتحقق اثراء لمـن يلزم بالرد ، وأن يكون هناك افتقار لمن يطـالب بهذا الرد ، وأن يكون الاثراء مترتبا على الافتقار • ويمكن أن يوصف هذا الشـرط بأنه الركن المـادى للالتزام برد الاثراء ، والشرط الثانى يوصف بأنه الركن الشرعى أو القانونى للالتزام ، هو عدم وجود سبب أو مبرر للاثراء (أو الافتقار) ، مما يجعل الاثراء بغير وجه حق ، ونتناول كل ركن منهما ببعض البيان ، فيما يلى :

الركن المـادى : الاثراء والافتقار :

يتكون هذا الركن المـادى ، كما ذكرنا ، من اثراء وافتقار والصلة بينهمـا •

(أ) والاثـراء : هو كل منفعة أو كسب مادى أو أدبى (يقوم بالمـال) يحصل عليه الشخص • وبغير تحقق الاثراء لا يتصور نشوء أى التزام بالرد ولو كان هناك افتقار ، فلو قام شخص بوفاء دين على آخر لدائن هذا الشخص الآخر ، وكان هذا الدين قد انقضى لسبب من أسباب الانقضاء ، يحدث افتقار للموفى بقيمة الدين ولكن لا يحدث أى اثراء للموفى عنه ، لانه لم يكن ملتزما بشىء ولذا لا يستطيع الموفى أن يطالبه بشىء ، وانما يكون له أن يرجع على من تلقى منه الوفاء باعتباره دائنا (ليطالبه برد غير المستحق) •

والاثراء المـادى : يتحقق فى أية زيادة فى الحقوق المالية ، تضاف الى ذمة المثرى ، سواء بزيادة حقوقه (اثراء ايجـابى) كمـا لو قام شخص باجراء ترميمات وتحسينات فى منزل مملوك للمثرى ، أو قام باصلاح أرضه حتى تصـبح قابلة للزراعة وكذا اذا قام المثرى نفسه بالانتفاع برسوم أعدها أحد المهندسين فى تصميم أحد المشروعات ،

أو باستخدام لحن ألفه موسيقى فى أغنية من الاغنيات • كما يتحقق الاثراء بنقص ديون المثرى أو عدم نقص حقوقه أو عدم زيادة الديون (اثراء سلبى) ، فاذا وفى شخص بدين على آخر ، فقد أثرى الموفى عنه بما نقص من ديونه ، واذا أتلف شخص ماله لمنع هلاك مـال للمثرى ، فان اثراءه يكون بمنع نقص حقوقه •

وقد يكون الاثراء مباشرا يتم بعمل من المثرى أو من المفتقر ، كما فى الامثلة التى ذكرناها ، وقد يكون غير مباشر يتم بتدخل الغير ، هذا التدخل قد يكون بعمل مادى (فعل) ، كالربان يلقى ببعض حمولة السفينة فى البحر لينقذها من الغرق فى عاصفة ، ولينقذ بقية حمولتها ، فهناك افتقار مالك البضائع التى ألقيت فى البحر ، تحقق به اثراء مالك السفينة وملاك بقية البضائع المشحونة ، وكل هذا تم بعمل مادى من الربان ، وهو غير المثرى وغير المفتقر • وقد يكون تدخل الغير المؤدى الى تحقق الاثراء وحدوث الافتقار تصرفا قانونيا ، كما لو اتفق حائز سيارة على اصلاحها مع ميكانيكى ، وبعد اصلاحها استردها مالكهـا دون أن يكون الميكانيكى قد حصل على مقابل الاصلاح وثمن ما أبدله من أجهزتها ، فى هذه الحال تحقق اثراء لمـالك السيارة بما زاد من قيمتها بعد اصلاحها ، وحدث افتقار للميكانيكى بما بذل من جهد وما دفعه من ثمن القطع التى ركبها فى السيارة ، والاثراء تم بطريق غير مباشر عن طريق التصرف القانونى ، بالاتفاق الذى أبرمه الحائز مع الميـكانيكى •

والاثراء الادبى : أو المعنوى ، يتحقق باستفادة معنوية ، ولكن يمكن تقويمها بالمال ، كاثراء التلميذ ثقافيا من جهد المعـلم ، واثراء المريض صحيا من عناية الطبيب وفنه فى علاجه ، واستفادة المتهم فى جريمة من دفاع المحامى عنه حتى حكم ببراءته •

(ب) والافتقار : هو الخسارة التى يتحملها شخص ويتحقق بها اثراء الغـير ، وبغـير وقوع الافتقار لا يمكن أن ينشأ التزام بالرد

غنى من أفاد من عمل الغير ، أى رغم تحقق فائدة للغير ، ويضرب الفقه مثلا لذلك بمن ينفق مالا كثيرا على اعداد حديقة جميلة لمنزله ، فيحقق لنفسه اثراء مقابلا لهذا الانفاق ، أى يحصل على كل المنفعة المحدثة لنفسه ، فاذا أفاد الجيران من الاطلال على هذه الحديقة ، يرى الفقه أنه لا يستطيع مالك الحديقة أن يطالبهم بمقدار ما أفادوه على أساس أنه اثراء على حسابه بدون وجه حق ، لان فائدتهم لم تتحقق نتيجة افتقار وقع له ، فكل ما افتقر به تحققت له منه منفعة ، وان قيل أن الجيران أثروا فاثراؤهم لا يقابله افتقار لدى من أعد الحديقة • وكذلك لو أقام شخص حواجز تحمى أرضه من السيول التى تحدثها الامطار ، فانتفع من هذه الحواجز أصحاب الارض المجاورة ، لا يحق له أن يطالبهم على أساس الاثراء ، لانه لم يفتقر لمصلحتهم بشىء •

والاصح أن يقال ان ما حصل عليه الجيران فى المثلين ليس اثراء يتمثل فى زيادة حق أو نقص دين ، وانما هو مصلحة لا استقرار لها فى ذمتهم ، يتوقف بقاؤها على رغبة من نسق الحديقة أو أقام الحواجز ، ولذلك اذا أزال الحديقة أو هدم الحواجز لا يحق لهم أن يعترضوا على عمله بحجة ما يصيبهم منه من نقص قيمة حقوقهم ، ولذا يمكن القول بأنه لا مطالبة برد الاثراء هنا ، لانه لم يتحقق أثراء لهم كقيمة مستقرة فى ذمتهم تستند الى حق •

والافتقار يقع بنقص الجانب الايجابى من ذمة المفتقر ، اذا أدى المفتقر دينا على المثرى ، أو عدم زيادة الجانب الايجابى ، اذا أدى للمثرى خدمات يؤجر عليها عادة ، دون أن يحصل على مقابل جهده ، كالوسيط فى ابرام الصفقات (السمسار) والطبيب والمحامى والصانع وغيرهم •

(ج) الصلة بين الاثراء والافتقار :

تتمثل هذه الصلة فى ضرورة كون الاثراء مترتبا على الافتقار • وهى صلة واضحة فى أغلب صور الاثراء ، ذلك أن كلا الاثراء

والافتقار يترتبان على نفس الواقعة ، ففى وفاء شخص بدين على الغير ، تكون واقعة الوفاء هى التى تحدث الافتقار وتحقق الاثراء ، وفى هدم شخص منزله فى سبيل انقاذ منزل المثرى من الحريق ، تكون واقعة الهدم هى سبب افتقار صاحب المنزل المهدوم وسبب تحقق اثراء صاحب المنزل الذى تم انقاذه ، وصلة الاثراء بالافتقار واضحة فى الحالين لا تحتاج الى أكثر من تحديد الواقعة المنشئة لكل منهما .

والواقع أن هذه الصلة لا تثير أية صعوبة فى تبينها فى كل صور الاثراء المباشر الذى يتم بعمل من المثرى أو من المفتقر ، بل أنها لا تثير أية صعوبة فى أحوال الاثراء غير المباشر الذى يتحقق بعمل مادى من الغير (كالقاء الربان لجزء من بضائع السفينة المعرضة لخطر الغرق البحر)(١) ، أما اذا كان الاثراء غير مباشر وبتصرف قانونى ، فان تبين الصلة بين الاثراء والافتقار يمكن أن يصبح غير واضح ، اذ أنه يرتبط ارتباطا وثيقا بالركن الثانى من أركان الالتزام برد الاثراء ، وهو انعدام سبب الاثراء ، ذلك أن صلة اثراء مالك السيارة بافتقار الميكانيكى (فى المثل الذى ضربناه عن الاثراء غير المباشر الذى يتم بتدخل الغير بالتصرف القانونى) ، لا تقوم الا اذا لم تكن علاقة الحائز بمالك السيارة ، تجعل لاثراء المالك سببا ، أى تجعل له حقا فى هذا الاثراء ، كما يتبين لنا من دراسة انعدام السبب ، كركن شرعى للالتزام برد الاثراء .

الركن الشرعى — انعدام سبب الاثراء :

يقصد بانعدام سبب الاثراء عدم وجود مبرر قانونى ، يجعل من حق المثرى أن يحصل على الاثراء ، أو يجعل على المفتقر أن يتحمل

---

(١) او قيام شخص باستخدام ادوات غير مملوكة له فى اقامة بناء على ارض مملوكة لشخص ثالث ، فواقعة اقامة البناء هى التى تحدث فى نفس الوقت افتقار مالك الادوات واثراء مالك الأرض ، الذى يكسب ملكية البناء باعتبارها بالالتصاق تابعة لملكية الأرض .

قيمة افتقاره وألا يطالب بها أحـدا ، فالسبب الذى يمنع المطالبـة بالاثراء هو كل واقعة أو حكم قانونى ، يبرر دخول الاثراء فى ذمـة المثرى ، أو يبرر تحمل المفتقر بافتقاره •

هذا السبب الذى يجعل الاثراء غير واجب الرد قد يكون :

١ ــ **تصرفا قانونيـا :** فكل من يكتسب حقا ماليـا بمقتضى تصرف قانونى ، يكون كسبه لهذا الحق اثراء له سبب مشروع ، مادام التصرف صحيحا • ولا يمكن ان يطالب برد شىء على أساس الاثراء بلا سبب ، ولو كان ما تلقاه من مقابل بمقتضى عقـد يبرمه يزيد فى قيمته عما التزم به فى هذا العقد (وان جاز الطعن فى العقد على أساس الغبن أن توافرت شروط الطعن به) فاذا كانت احدى شركات التأمين قد انفقت مع مستأمن على منزله ضد الحـريق ، على انه فى حالـة احتراق المنزل يكون المستأمن بالخيار بين الحصول على مبلغ من النقود كتعويض وبين أن تبنى له الشركة منزلا بدلا منه ، فاذا اختار بناء المنزل وبنته الشركة فعلا ، ثم تبينت أن قيمة المنزل الجديد تزيد عن قيمـة المنزل القديم ، لا تستطيع أن ترجع على المستأمن بالفرق بين القيمتين على أساس الاثراء ، لانه يكسب هذا الاثراء ، بموجب عقد التأمين• بل ان العقد يعتبر سببا مبررا للاثراء ، ولو كان اثراء بـلا مقابل ، كاثراء الموهوب له بمقتضى عقد الهبة •

والتصرف القانونى يعتبر سـببا مبررا للاثراء ولو لم يكن بين المثرى والمفتقر ، فاذا اتفق مستأجر أرض مع مقاول على أن يقيم له ابنية فى هذه الارض ، فأقامها ولم يستوف ما يستحقه عن اقامتها من مقابل ، ثم فسخ عقد الايجاز بين المـالك والمستأجر ، وتم الاتفاق بينهما على أن المـالك يملك المبانى التى أقيمت فى الارض ، كان هذا الاتفاق (الذى لم يدخل المقاول طرفا فيه) مانعا من استطاعة رجوع المقاول على المـالك لمطالبته بقيمة المبانى على أسـاس الاثراء ، لان اتفاق المـالك مع المستأجر سبب مبرر لاثراء المـالك بقيمة المبانى •

٢ ـ **وقد يكون السبب هو الفعل الضار** فاذا أتلف شخص بخطئه سيارة شخص آخر ، وألزم باصلاحها لتعويضه عن أضرارها وبعد الاصلاح وجد أن السيارة قد زادت قيمتها عما كانت عليه قبل الاتلاف ، لا يستطيع أن يطالب مالك السيارة برد ما زاد من قيمتها ، على أساس الاثراء ، ذلك أن ما حصل عليه المالك من اثراء نتيجة اصلاح التلف ، بما فى ذلك زيادة القيمة ، له سبب هو التزام المخطىء بالتعويض على أساس الفعل الضار •

٣ ـ **حكم القانون** : قد يكون سبب الاثراء ، الذى يمنع مطالبة المثرى بالرد هو حكم القانون ، كما فى حال مستحق النفقة ، الذى يحصل عليها من الملتزم بها ، فالقانون هو الذى يجعل له الحق فى قيمة النفقة ، ويعتبر سببا لاثراء مستحقها بها • كذلك يعتبر حكم القانون هو سبب اثراء مكتسب ملكية شىء ، كان مملوكا لآخر ، بالتقادم ، ولذا لا يستطيع من فقد الملكية لكسب آخر لها بالتقادم ، أن يطالب مكتسبها على أساس الاثراء ، برد قيمة ما كسبت ملكيته بالتقادم ، لان التقادم سبب لاثرائه به(١) •

وهذا هو الحكم فى كل حال يمكن اسناد الاثراء فيها (أو الافتقار) الى حكم قانونى يبرره(٢) •

---

(١) وكذا الحال فى اعفاء المدين المتمسك بسقوط دينه بالتقادم ، اذ يكون التقادم سببا لاثرائه بقيمة ما كان عليه من دين اصبح غير ملتزم بوفائه .

(٢) فلو ادعى شخص على آخر بحق امام القضاء ، وكان يلزم اثباته بالكتابة ، وعجز عن تقديم الدليل الكتابى الذى يستلزمه القانون ، يرفض القضاء دعواه ، ولا يكون من حقه عندئذ ان يطالب خصمه مرة ثانية على اساس انه اثرى على حسابه بغير حق ، لان عجزه عن الاثبات يؤدى الى عدم الحكم له ، ويعتبر لذلك سببا مبررا لعدم حصوله على حقه (اى سببا لافتقاره) . وكذلك الحال لو صدر حكم جنائى ينفى نسبة الفعل الضار (باعتباره جريمة) الى من ينسب اليه ارتكابه ، فان =

اذا توافر الركنان السابقان ، أى اذا تحقق اثراء لشخص من افتقار شخص آخر ، وكان الاثراء (أو الافتقار) بلا سبب قانونى يبرره ، فان التزاما يقوم على عاتق المثرى بأن يعوض المفتقر عن افتقاره فى حدود ما أثرى به : كما يقول نص المادة ١٧٩ مدنى ، ولو كان ما تحقق فى ذمة المثرى من اثراء قد زال عند رفع الدعوى من قبل المفتقر للمطالبة برده(١) •

واذا كانت الواقعة التى ترتب عليها الاثراء والافتقار ، تفتح أمام المفتقر طريقا قانونيا آخر للمطالبة بتعويضه عن افتقاره ، جاز له أن يلجأ الى هذا الطريق الآخر ، دون طريق رفع دعوى الاثراء ، مادام حقه فى كل من الطريقين قائما ، فاذا غصب شخص ملكا لآخر ، وكان هذا الملك مثمرا ، كان أمام المغصوب منه طريقان ، طريق الرجوع بدعوى المسئولية على أساس أن الغصب خطأ يلزم من صدر منه بتعويض الاضرار المترتبة عليه ، وطريق الرجوع على الغاصب لمطالبته برد ما أثرى به على حساب المالك بغير وجه حق • ولكن المغصوب منه ، وكل من تتوافر له بجانب المطالبة على أساس الاثراء بلا سبب ، مطالبة أخرى على أساس آخر ، لن يلجأ الى دعوى الاثراء ، بل يفضل عليها أى دعوى أخرى له الحق فى رفعها ، لان حصيلة دعوى الاثراء أقل منها ، لان المثرى يلتزم برد أقل قيمتى الاثراء والافتقار ، فلا يلتزم المثرى بسبب غصب ملك الغير ، فى

=
هذا الحكم يؤدى الى سقوط حق المضرور من هذا الفعل فى المطالبة بتعويض عن الضرر ، امام المحكمة المدنية ، على اساس حجية احكام المحاكم الجنائية امام المحاكم المدنية ، وتكون هذه الحجية سببا مبررا لافتقار المضرور (بعدم حصوله على التعويض) واثراء مرتكبه (بعدم الزامه بالتعويض) . وانظر تفصيلا فى مؤلفنا السابق ، ص ١١٢ وما بعدها .

(١) على خلاف الحكم فى القانون الفرنسى الذى يستلزم فيه بقاء الاثراء قائما حتى المطالبة به كشرط لرده .

المثل الذى ضربناه ، اذا تم الرجوع عليه بدعوى الاثراء ، بأن يعوض كل ما ترتب على فعله من ضرر اذا كان هـذا الضرر أكبر من الاثراء الذى تحقق له بالغصب ، بل برد الى المغصوب منه قيمة اثرائه فقط، فى حين أن المطالبة على أساس المسئولية التقصيرية تسمح للمغصـوب منه أن يحصل على تعويض كامل عن كل ما ترتب على فعل الغصب من أضرار ، ولو جاوزت هذه الاضرار الفائدة التى حصل عليها الغاصب•

ومعنى ما سبق أن دعوى المطالبة برد الاثراء بلا سبب ليست ، كما يذهب كثير من الفقهاء الفرنسيين ، دعوى احتياطية ، لا تستخدم الا اذا لم يكن للمفتقر طريق آخر للرجوع به على المثرى ، بل يقوم الحق فيها من مجرد توافر شروط قيام الالتزام برد الاثراء ، ولو توافرت فى نفس الوقت شروط الالتجاء الى طريق آخر للرجوع على المثرى ، على أساس آخر غير الاثراء(١) •

١٢٧ ـ احكام الالتزام برد الاثراء :

(ا) موضوع الالتزام :

يلتزم المثرى بلا سبب على حساب الغـير بأن يرد الى من كان افتقاره سببا فى اثرائه ، أقل قيمتى الاثراء ، والافتقار ، فهو يلتزم أساسا بأن يرد مقدار اثرائه ، الا اذا كان الافتقار أقل من الاثراء ، فيتحدد مدى ما يلتزم برده بقيمة الافتقار(٢) •

---

(١) وان قيل بان دعوى الاثراء دعوى احتياطية ، فهى تعتبر كـذلك باختيار المفتقر لا بحكم القانون ، لانه هو الذى يفضل الرجوع بغـيرها ، فهى (احتياطية شخصية) •

(٢) فاذا عنى طبيب بعـلاج مريض دون اتفـاق بينهما ، ثم عوفى المريض ، فهو يثرى صحيا اثراء يقدر ماديا بكل ما يتمكن وهو فى كامـل صحته من كسبه من أموال (بالاضافة الى استمتاعه بحياته) ، وقـد يكون مبلغا ضخما من المـال ، والطبيب يعتبر مفتقرا بقيمة الاجر الذى يتقاضاه عن مثل الجهد الذى بذله ، ففى هذه الحال ، لا يلتزم المـريض الا بتعويض الطبيب عن مقـابل الجهد الذى بذله ، ما دام اقل مما تحقق للمريض من اثراء بعودة العافية اليه •

وتقدر قيمة الاثراء وقت حدوثه أى وقت دخوله فى ذمة المثرى ، حقا مستقرا ، والاستقرار يعنى ألا يكون الاثراء معرضا للزوال بسبب تسلط شخص آخر عليه بحكم مركزه القانونى أو الواقعى بالنسبة لهذا الاثراء ، فاذا كان مستأجر قد أقام أبنية فى العين المستأجرة ، دون اتفاق مع المـالك ، بوساطة مقاول لم يحصل على مقابل انشائه لهذه الابنية ، لا يستطيع المقاول أن يرجع على مالك العين لمطالبته بمـا أثرى به من قيمة هذه المبانى على أساس أنه يصبح مالكا لها بمجرد التصاقها بالعين قبل أن تعود العين مع المبانى الى المؤجر بعد انتهاء الايجار ، نظرا لان المستأجر يستطيع أن يهدم هذه المبانى قبل رد العين المؤجرة ، وهذا حق له ، مما يجعل الاثراء غير مستقر فى ذمة المـالك قبل هذا الوقت ، فان تسلم المـالك العين بمبانيها ، تحقق الاثراء مستقرا فى ذمته ، وجاز الرجوع عليه بالاثراء ، من قبـل المقـاول .

والاثراء يقدر تقديرا موضوعيا ، أى تقديرا يتم وفق القيمـة التى يمثلها هذا الاثراء بالنسبة للشخص العادى ، فاذا كان مبلغا من النقود تلقاه المثرى يقدر اثراؤه بهذا المبلغ بصرف النظر عن طريقـة استفادته به فعلا ، وان كان سلعة من السلع قدر اثراؤه بقيمتها فى الاسواق وقت كسب ملكيتها ، الا أن القـانون يستثنى القاصر من تطبيق قاعدة التقدير الموضوعى للاثراء ، ويجعل تقدير اثرائه على أساس استفادته الفعلية مما وضع بين يديه من ثروة ، مع الحكم على هذه الاستفادة بالنظر الى ظروفه الخاصـة . فلو كان الاثراء الذى حصـل عليـه القاصر مبلغـا من النقـود ، أنفق نصفه فى سـد حاجاته الضرورية ووفاء ديون عليه ، وبذر النصف الآخر فى اللهـو والقمـار ، قدر اثراؤه بنصف المبلغ فقط . وهى قاعدة تهـدف الى حماية القاصر ، وتحـذير المتعـاملين مـع القصر ، بالمخاطـر التى يتعرضون لهـا فى تقدير اثراء القاصر تقديرا خاصا .

وتبدو الفائدة من تقدير الافتقار ، مع تقدير قيمة الاثراء ، اذا لزم اعمال قاعدة التزام المثرى برد أقل قيمتى الاثراء والافتقار ، ذلك أنه رغم أن قيمة الاثراء فى أغلب الاحوال تكون هى قيمة الافتقار ، فقد تختلف القيمتان ، فمن يهدم منزله الصغير لاطفاء حريق فى منزل جاره الكبير ، يحقق لجاره اثراء يقدر بقيمة المنزل الكبير ويتحمل افتقارا يقدر بقيمة منزله الصغير ، والتزام المثرى له حد أقصى ، عندئذ ، هو قيمة الافتقار .

وأغلب الفقه على أن وقت تقدير الافتقار هو وقت حدوثه ، كما هى الحال فى تقدير الاثراء ، ولكن بعض الفقه يذهب الى أن تقدير الافتقار يكون وقت الحكم برد الاثراء ، كما هى الحال فى تقدير قيمة الضرر فى المسئولية التقصيرية ، حتى يحصل المفتقر على تعويض كل افتقاره ، ولو تطور بعد حدوثه ، على أساس أن اتباع هذه القاعدة لن يؤدى الى ارهاق المثرى ، لان هناك حدا أقصى آخر لالتزام المثرى هو قيمة اثرائه ، ولو جاوز الافتقار هذا الاثراء(١) .

(ب) دعوى المطالبة برد الاثراء :

تنص المادة ١٨٠ من القانون المدنى على أن « تسقط دعوى التعويض عن الاثراء بلا سبب بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من لحقته الخسارة بحقه فى التعويض ، وتسقط الدعوى كذلك فى جميع الاحوال بانقضاء خمس عشر سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق » .

---

(١) فاذا قام مالك سيارات بنقل محصولات شخص آخر ، دون اتفاق او التزام عليه من مزرعته فى الوقت المناسب ، فافتقاره يتمثل فى اجرة سيارته المعتادة عن مثل هذا العمل واثراء صاحب المزرعة يساوى ما كان يتكلفه فى هذا النقل لو قام به بنفسه ، فلو تبين ان المياه التى خاضتها السيارات، بالضرورة، وصولا الى المزرعة تسببت فيما بعد، فى تلف بعض أدواتها يجب أن تؤخذ قيمة هذا التلف فى الاعتبار عند تقدير افتقار صاحب السيارات ، ولكن يلاحظ ان صاحب المزرعة لن يلتزم برد الافتقار الزائد عن قيمة اثرائه .

وقد اتبع الشارع فى تحديد مدة تقادم دعوى المطالبة برد الاثراء، التى يرفعها المفتقر ، القاعدة التى اتبعها فى تحديد مدة تقادم دعوى المطالبة بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية ، بجعلها مدة قصيرة (٣ سنوات) تبدأ من العلم بالحق فى المطالبة ، فان لم يتم هذا العلم كانت مدة التقادم هى المدة الاصلية (١٥ سنة) من تاريخ نشوء الحق ، بصرف النظر عن تاريخ العلم .

الفصل الثـــانى

ما يجعله القانون من تطبيقات الاثراء

(رد غير المستحق ـــ تعويض الفضولى)

١٢٨ ـــ تمهيـــــد :

نقسم دراستنا لمــا جعله القانون المدنى من تطبيقــات الالتزام الالتزام برد الاثراء ، الى مبحثين ، ندرس فى أولهما الالتزام برد غير المستحق ، الذى ينشأ عن دفع غير المستحق(١) ، وفى الثـــانى ندرس أحكام تعويض الفضولى ، التى نظمها القانون المدنى بعنـــوان « الفضالة » .

المبحث الاول

رد غير المستحق(٢) « دفع غير المستحق »(٣)

١٢٩ ـــ تعريفه شروطه :

الالتزام برد غير المستحق ، هو الالتزام الذى ينشأ على عاتق من يتلقى وفاء لا يستحقه وفقا لاحكام القانون ، بأن يرد ما تلقاه الى من وفى به . وتنظم هذا الالتزام بالرد المواد من ١٨١ الى ١٨٧ من القانون المدنى ، التى تحدد شروط قيام هذا الالتزام كما تحدد أحكامه ببيان ما يجب رده فى الاحوال المختلفة ، وما قد يحول دون الرد من موانـــع .

والمـــادة ١٨١ مدنى ، تنص على أن « ١ ـــ كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا وجب عليه رده . ٢ ـــ على أنه لا محل

(١) والقانون بذلك يسمى الالتزام بالرد ، باسم الواقعة التى تنشئه « وهى دفع غير المستحق » وهو مســـلك صحيح على اعتبار انه ينظم « مصادر الالتزام » .

(٢) répétition de l'indû

(٣) Paiement de l'indû

للرد اذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه ، الا أن يكون ناقص الاهلية ، أو يكون قد أكره على هذا الوفاء » • وتنص المادة ١٨٢ على أنه « يصح استرداد غير المستحق اذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام لم يتحقق سببه أو لالتزام زال سببه بعد أن تحقق » • أما المادة ١٨٣ فتقضى فى فقرتها الاولى بأنه « يصح كذلك استرداد غير المستحق اذا كان الوفاء قد تم تنفيذا لالتزام لم يحل أجله ، وكان الموفى جاهلا قيام الاجل » •

ومن النصوص السابقة يتبين أن قيام الالتزام برد غير المستحق ، يستلزم شرطين ، الاول : أن يكون هناك وفاء ، الثانى أن يكون هذا الوفاء غير واجب حالا أو غير واجب أصلا أو يتبين أنه كذلك ، أو يصير غير واجب بسبب واقعة لاحقة • ونتكلم عن كل من الشرطين :

الشرط الاول : الوفاء :

يقصد بالوفاء كشرط لقيام الالتزام برد غير المستحق ، أن يقع تنفيذا من أحد الاشخاص لما يظنه التزاما عليه (أو لما يظنه التزاما حالا أو لما يجبر على أدائه) ، وسواء أكان هذا الوفاء عينيا ، بأن يدفع مبلغ النقود محل الالتزام أو يسلم الشيء الذى ينصب الالتزام على تسليمه ، أم كان وفاء بما يقوم مقام التنفيذ العينى ، كالاعتياض أو كالاتفاق على تجديد الالتزام أو الاتفاق على المقاصة بين الالتزام وبين حق للموفى قبل الموفى له •

الشرط الثانى : الوفاء غير واجب :

ويكون الوفاء غير واجب اذ تبين أنه لا يوجد التزام منذ البداية، أو لا يوجد التزام حال ، وكذا ان كان هناك التزام تم الوفاء به ، ثم زال سببه بأثر رجعى ، فان الوفاء الذى تم صحيحا يصبح غير واجب، ويلتزم الموفى له بالرد ، كما نرى تفصيلا ، فيما يلى :

(أ) فالوفاء بالتزام غير قائم أصلا ، يتم عادة عن غلط ، كأن يظن أحد الورثة أن ما كان على مورثه من دين لاحد الاشخاص لم يتم الوفاء به ، فيؤديه الى الدائن ، أو أن يوف بحق لشخص ، والحال أن دينه سقط لاحد الاسباب المؤدية الى ذلك ، كسبق النزول عنه بالابراء أو سقوطه بالتقادم •

ونص المادة ٢/١٨١ يقضى بأنه لا يجب الرد اذا كان الموف بعلم — وقت الوفاء — أنه غير ملزم بما يوفى به ، أى يستلزم لقيام الالتزام بالرد أن يكون الموف غالطا ، والواقع أن من يقدم أداء الى الغير وهو يعلم أنه غير ملزم بذلك[١] • لابد أنه يقصد الى التبرع[٢]• والموف له هو الذى يكلف باثبات علم الموفى ، عند الوفاء ، بأنه غير ملتزم به حتى يعفى من الرد • ولكن نص الفقرة الثانية من المادة ١٨١ نفسه ، يجعل للموف أن يثبت أنه رغم علمه بعدم التزامه ، فقد أكره على الوفاء ، وهو بهذا ينفى قصد التبرع أو قصد الوفاء بأى واجب خلقى آخر • والمثل العملى لهذه الصورة أن يكون المدين قد سبق له الوفاء ولكنه فقد سند اثبات هذا الوفاء[٣] ، ويعرف الدائن ذلك فيطالبه بالوفاء مرة أخرى مهددا اياه بمطالبته قضاء ، فيضطر المدين عندئذ الى الوفاء مرة ثانية محافظة على سمعته التجارية مثلا ، ثم يعثر بعد ذلك على سند الوفاء الاول ، فيطالب الموفى له برد الوفاء الثانى •

واذا كان الموف ناقص الاهلية ، فان علمه بعدم التزامه ، وقت الوفاء ، لا يؤدى الى اعفاء متلقى الوفاء منه ، من الرد بسبب هذا العلم ، ذلك أنه لو فسر هذا الحكم على أن الوفاء مع العلم بعدم الالتزام ، لا يسترد لافتراض انه تبرع ، فان ناقص الاهلية لا يحق

---

(١) ولا يقصد الى الوفاء بدين على شخص آخر .

(٢) أو الوفاء بما لا يمكن جبره على ادائه ، اى الوفاء بما يسمى فى الفقه الالتزام الطبيعى .

(٣) مع بقاء سند الدين فى يد الدائن ، او جواز اثباته بغير سند .

له التبرع ، ولذا قرر القانون (فى المـادة ١٨١/٢) أن وفاء ناقص الاهلية ولو كان عالمـا بأنه غير ملتزم ، واجب الرد فى جميع الاحوال، اى ولو لم يكن ناقص الاهلية مكرها عليه •

(ب) والوفاء بالتزام غير منجز ، يعتبر وفاء غير واجب أيضا ، ويكون الالتزام كذلك اذا كان وجوده معلقا على شرط واقف لم يتحقق بعد ، فاذا وفى متعاقد بما تعهد بـه تحت الشرط جاز لـه أن يسترد وفاءه • واسترداد الوفاء فى هذه الحال يقوم على عدم تحقق الشرط الذى يعتبر سبب نشوء الالتزام ، أى يقوم على عـدم تحقق سبب الالتزام (المـادة ١٨٢ مدنى) • ويكون الالتزام غير منجـز أيضا اذا كان مضافا الى أجل لم يحل ، فاذا وفى به المدين جاهلا قيام الاجل (حتى لا يفهم من وفائه مع العلم بالاجل أنه يقصد النزول عن هـذا الاجل ، ان كان الاجل لمصلحته)[1] ان وفى المدين جاهلا قيام الاجل جاز له استرداد ما وفاه • وهذا هو ما تقرره المـادة ١٨٣ مدنى فى فقرتها الاولى ، ولكن يلاحظ أن هذه المـادة تقضى فى فقرتها الثانية بأنه « يجوز للدائن (الموفى له قبل حلول أجل حقه) أن يقتصر على رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل فى حدود ما لحق المدين من ضرر • فاذا كان الالتزام الذى لم يحل أجله نقودا التزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانونى أو الاتفاقى عن المدة الباقية لحلول الاجل »• ففى هذه الحال يعفى القانون متلقى الوفاء من رد الوفاء المعجـل ، ويقصر التزامه على رد ما استفاده من تعجيـل الوفاء ، ونص على تقدير هذه الاستفادة فى حال تلقى وفاء بمبلغ من النقود بأنه الفوائد القانونيـة (٤ أو ٥٪) ان لم يكن هنـاك اتفاق على سـعر آخـر (لا يتجاوز ٧٪) •

(جـ) والوفاء بالتزام قائم وواجب الوفاء ، قد يصبح وفاء بغير المستحق أى وفاء غير واجب ؛ اذا طرأت واقعة لاحقـة على الوفاء تجعله كذلك ، كما لو كان الالتزام الموفى به ناشئا عن عقد ، ثم فسخ هذا العقد ، وترتب على الفسخ ارجاع المتعاقدين الى حالهما قبـل

(١) وللمفترض ان يفى بالقرض المؤجـل المنتج لفائدة قبـل حلول الأجل ، وفقا للمادة ٥٤٤ من القانون المدنى ، ولا يلتزم بغير فوائد ٦ اشهر تالية للوفاء .

المتعاقد ، أو اذا ترتب زوال العقد على تحقق شرط فاسخ اقترن بــه العقد عند ابرامه •

وقد يكون الوفاء ، وقت اتمامه ، وفاء ظاهر الوجــوب ، ثم يتبين بعد ذلك عدم وجوبه ، كما لو كان العقد الذى نشأ به الالتزام أبرم بتصرفات باطلة ، ووفى المتعاقد بالتزامه دون علم بالبطلان(١) ، اذ يترتب على الحكم بالبطلان ، وانحلال العقد ، التزام كل من تلقى وفاء لالتزام ناشىء عن هذا العقد ، بأن يرد ما تلقاه(٢) •

١٢٠ ــ احكام الالتزام برد غير المستحق :

بتوافر شرطى قيام الالتزام برد غير المستحق ، ينشأ على عاتق الموفى له واجب رد ما حصل عليــه من الوفاء غــير الواجب • ولكن ما يلتزم برده لا يتحدد فى جميع الاحوال بصورة واحدة ، بل يختلف من حيث مقداره ومداه بحسب سوء نية الموفى له أو حسنها ، ولذا نتكلم عن التزامه بالرد فى الحالتين :

١ ــ حال حسن النية :

تقضى المــادة ١٨٥/١ من القانون المدنى ، أنه « اذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية ، فلا يلتزم أن يرد الا ما تسلم » •

وحسن النية يعنى عدم علم متلقى الوفاء أنه لا يستحق هذا الوفاء• وهو يفترض لدى متلقى الوفاء ، بمعنى أن الموفى لــه ، المتمســك بحسن نيته لا يطالب باثباته ، بل يكون الاثبات على من يدعى عكس ذلك ، أى من يدعى سوء نيتــه • ولكن بمجــرد أن يطالب المــوفى باسترداد الوفاء ، مطالبة قضائية ، فان الموفى له يصبح سىء النية• وتترتب بالنسبة له ، الاحكام التى تترتب على ذلك •

(١) ذلك انه لو كان بطلانا للغلط او للاكراه ، ووفى المتصرف عالمــا بغلطه ، او بعد ان تحرر من الاكراه ، فان وفاءه يكون اجازة تستبعــد البطــلان •

(٢) ولا مجال لاشتراط الوفاء عن غلط فى هذه الحال ، اذا كان سبب زوال وجوبه (بالفسخ او البطلان) غير متحقق عند الوفاء .

والموفى له حسن النيـة لا يلتزم ، وفقا لنص المـادة ١/١٨٥ الا برد ما تسلم ، فان كان قد تسلم مبلغا من النقود ، فان يرد مثل هذا المبلغ ، بغير فوائد طوال مدة حسن نيتـه ، وهو على أى حال يلتزم بالفوائد من تاريخ مطالبته قضاء بالرد . أما ان كان ما تلقـاه الموفى له شيئا معينا بذاته ، فانه يرد الشىء نفسـه ، وان كان الشىء مثمرا لا يرد ما قبضه من ثماره وهو حسن النية ، فان كان أنفق على الشىء مصروفات ، وكانت لازمة لحفظه من الهلاك أو التلف أو صيانته (المصروفات الضرورية) ، فانه يستحقها جميعا من الموفى المسترد ، أما ان كانت المصروفات تزيد فى قيمـة الشىء دون أن تكون ضرورية لحفظه وصيانته (المصروفات النافعة) ، فان المسترد يكون بالخيـار بين دفعها وبين دفع ما زاد فى الشىء بسبب انفاقها (وهو بطبيعة الحال سيختار دفع القيمة الاقل) ، الا اذا طلب الموفى له نزع ما أضيف الى الشىء بانفاق هذه المصروفات . وما يكون قد أنفقه متلقى الوفاء من مصروفات كمالية لتزيين الشىء ، لا يلتزم المسترد بأن يدفع منهـا شيئا ، ويجوز للموفى له أن يطلب نزع ما أضيف بها الا اذا اختـار المسترد اسـتبقاءه فى مقـابل دفـع قيمتـه مستحق الازالـة (أى انقاضا)(١) .

واذا هلك الشىء المعين الذى تسلمه الموفى له حسن النية ، بقوة قاهرة ، فانه لا يلتزم برد شىء ، أما ان كان هلاكه بخطأ منه(٢) ، فانه يلتزم برد قيمته . واذا تصرف حسن النية فيما تسلمه معاوضة ، التزم برد ما حصل عليه من مقـابل ، فان كان تصرفه فيه تبرعا ، لا يلتزم برد شىء .

وتقضى المـادة ١٨٤ مدنى باعفاء الموفى له حسن النية من رد ما تلقاه بموجب الوفاء غير المستحق ، فى فرض خاص ، فهى تقضى بأنه « لا محل لاسترداد غير المستحق اذا حصل الوفاء من غير المدين ،

---

(١) كل هذا وفقا لاحكام المـادة ٩٨٠ وما بعدها من القانون المدنى .
(٢) والموفى يثبت الخطأ المسبب للهلاك .

وترتب عليه أن الدائن ، وهو حسن النية ، قد تجرد من سند الدين ، أو مما حصل عليه من التأمينات ، أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقى تسقط بالتقادم •

ويلتزم المدين الحقيقى فى هذه الحالة بتعويض الغير الذى قام بالوفاء »[1] •

(ب) حال سـوء النيـة :

اذا كان متلقى الوفاء الملتزم بالرد سيىء النية ، أى يعلم أنه لا حق له فيما تسلمه ، فانه يلتزم بأن يرد ما تلقاه من مبالغ النقود مع فوائدها من يوم قبضها ، فان كان شيئا معينا بذاته ، التزم برده ، وكذا رد ثماره التى جناها فعلا وكذا تلك التى قصر فى جنيها ، واذا كان قد أنفق على الشىء مصروفات ضرورية كان له مطالبة المسترد بها كلها ، كحسن النية ، أما المصاريف النافعة : فللمسترد الخيـار بين مطالبته بازالة ما أضيف بها الى الشىء دون أن يحدث فيه تلفا ، وبين أن يأخذ الاضافة بأقل قيمتين ، قيمتها مستحقة الازالة ، أو قيمـة ما زاد فى الشىء بسببها •

واذا هلكت العين ، ولو بقوة قاهرة ، فان متلقى الوفاء سيىء النية يلتزم بقيمتها للمسترد ، الا ان أثبت أنهـا كانت تهلك فى يـد المسترد • وان كان أخرجها من ذمته بالتصرف فيها معاوضة كان عليـه أن يرد قيمتها أو المقابل الذى حصل عليه من التصرف فيها ، باختيار الموفى (المسترد) ، أما ان كان تبرع بها ، فهو يلتزم بقيمتها •

رد ناقص الاهلية :

واذا كان متلقى الوفاء غير الواجب (غـير المستحق) ، ناقص أهلية الاداء ، فانه لا يعامل معاملة كاملة الاهلية فى تحديد ما يلتزم

---

(١) ورجوع الموفى على المدين فى هذه الحال ، رجوع على إساس اثراء المدين بلا سبب على حساب الموفى •

برده ، وسواء أكان تلقى الوفاء وهو حسن النية أو سيئها ، فالمادة ١٨٦ مدنى لم تفرق بين حسن أو سوء نية فاقد الاهلية وهى تقضى بأنه « اذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق . فلا يكون ملتزما الا بالقدر الذى أثرى به » وتحديد القدر الذى أثرى به يتم ، كما رأينا فى قواعد الاثراء ، على ضوء ما أفاد منه فعلا وبالنظر لظروفه الخاصة(١) .

دعوى المطالبة برد الاثراء :

تشير الى المدة التى يقوم فيها حق الموفى بغير المستحق فى استرداد ما وفاه ، والى سقوط دعواه بالمطالبة به ، المادة ١٨٧ مدنى التى تنص على أن « تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق ، بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه فى الاسترداد ، وتسقط الدعوى كذلك فى جميع الاحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشأ فيه هذا الحق » . وهى نفس المدة ، ونفس القاعدة ، التى قررها القانون فى سقوط دعوى الاثراء بلا سبب .

المبحث الثانى

الفضالة(٢)

١٣١ — معنى الفضالة وشروطها :

الفضالة تعنى قيام شخص بأعمال عاجلة وضرورية لحساب ومصلحة شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك (تفضلا) ، فيرتب القانون عندئذ على عاتق من تمت لحسابه الاعمال (رب العمل) تعويض من قام بها (الفضولى) عما تكلفه فى ذلك . وتقرير هذا الالتزام على

---

(١) انظر ما سبق ، فقرة ١٢٧ .
(٢) Gestion d'affaires

عاتق رب العمل ، يهدف الى منع اثرائه على حساب الفضولى ، بغير وجه حق ، ولذا فان الفقه (ويأخذ برأيه القانون المدنى المصرى) يعتبر هذا الالتزام من تطبيقات الالتزام برد الاثراء بلا سبب على حساب الغير ، وان كانت أحكام الالتزام بتعويض الفضولى تختلف اختلافا واضحا عن أحكام الالتزام برد الاثراء ، كما عرفناها فى دراستنا للقاعدة العامة فى رد الاثراء ، وكما نرى من دراسة أحكام الفضالة فيما يلى •

وتنظم الالتزامات المترتبة على الفضالة ، المواد من ١٨٨ الى ١٩٧ من القانون المدنى ، وتبدأ أولاها وهى المادة ١٨٨ بتحديد معنى الفضالة فتنص على أن « الفضالة هى أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك » •

ونص المادة ١٨٨ يتضمن الشروط التى تلزم لاعتبار الشخص ، فيما يقوم به من أعمال لمصلحة الغير ، فضوليا ، وبالتالى نشوء حقه فى مطالبة من تمت الاعمال لحسابه بأداء ما تكلفته هذه الاعمال ، وفقا لاحكام الفضالة • هذه الشروط تحدد بثلاثة :

الاول : قيام الفضولى بشأن عاجل لرب العمل •

الثانى : قصده الى تحقيق مصلحة رب العمل •

الثالث : أن يكون الفضولى غير ملزم بما قام به •

ونتناول كل شرط منها ، ببعض البيان •

الشرط الاول : شأن عاجل :

يلزم لتحقيق الفضالة أن يقوم الفضولى ، كما يقول نص المادة ١٨٨ ، بشأن عاجل لرب العمل •

هذا الشأن قد يكون تصرفا قانونيا يبرمه الفضولى باسم رب العمل ويحدث ذلك عادة عندما يكون الفضولى وكيلا لرب العمل ،

وفى أثناء قيامه بأعمال الوكالة يرى مصلحة عاجلة لموكله فى ابرام تصرف من التصرفات ، لا يدخل فى حدود وكالته ، أى يخرج عن نطاق نيابته ، فيبرمه نيابة عنه ، متجاوزا حدودها ، فيعتبر فضوليا فى ابرامه لهذا التصرف • فاذا وكل شخص فى استلام حديقة مثمرة من البائع لحساب موكله المشترى فوجد من اللازم أن يتم بيع ثمارها فورا والا تلفت ، ونظرا الى أنه ليس وكيلا فى ذلك فانه ان أبرم التصرف ببيع الثمار كان فضوليا[١] • ولكن ليس من اللازم أن يكون الفضولى وكيلا يجاوز حدود وكالته ، فقد يكون شخصا لا تربطه برب العمل علاقة قانونية ، فالجار الذى يجد أن حائطا فى ملك جاره الغائب فى سفر ، على وشك الانهيار مما يعرض منقولاته لخطر التلف والضياع ، فيبادر الى الاتفاق مع مقاول لترميم الحائط ومنع انهياره ، هذا الجار يكون فضوليا فى ابرام هذا الاتفاق لحساب مالك الحائط • ومثله من يوفى الضرائب المستحقة على صديق له توقيا للحجز على أمواله ، أو يؤجر عنه مسكنا فى مصيف أو مشتى قبل فوات الموسم • مثل هذه التصرفات ، وسواء أكانت من أعمال التصرف أم من أعمال الادارة ، تسرى على رب العمل ، كما لو كان الفضولى نائبا عنه[٢] هذا ولو كان الفضولى قد أبرم التصرف باسمه هو ، فرب العمل يلتزم بآثار التصرف فى هذه الحال ، مادامت شروط الفضالة متوافرة •

والشأن العاجل لا يقتصر على التصرفات القانونية ، بل يشمل أيضا الاعمال الاخرى التى يقوم بها الفضولى والتى يمكن وصفها بأنها أعمال مادية ، كجنى محصول أو اطفاء حريق أو اصلاح خلل فى جهاز أو علاج مريض ، فهذه أيضا يتحقق بها وصف الفضولى لمن يقوم بها، ويكون له أن يطالب رب العمل بما تكلفته •

---

(١) وقد يبرم الوكيل تصرفا مما كان يدخل فى حدود نيابته ، ولكن بعد انتهاء اجل الوكالة ، فيكون فضوليا ايضا .

(٢) ولذا لا تلزم الاهلية للتصرف المبرم الا فى رب العمل ، اما الفضول فيكفى توافر التمييز لديه ، كالوكيل .

ولكن من اللازم أن يكون ما يقوم به الفضولى من ابرام تصرف أو اتمام عمل مادى ، شأنا عاجلا ، أى أمرا ضروريا يجب القيام به ، ودون ابطاء ، أى دون انتظار لرأى صاحب الاعمال ، خوفا من تفاقم الاضرار أو المخاطر • ويمكن أن يوضع معيار للشأن العاجل بأنه العمل الذى ما كان رب العمل ليتوانى عن القيام به لو كان حاضرا أو قادرا ، فلا يكفى أن يكون عمل الفضولى نافعا لرب العمل حتى تتحقق الفضالة ، ولذا لو اشترى شخص لآخر أرضا أو عقارا مبنيا لعلمه برغبته فى ذلك ، أو قبل نيابة عنه قسمة مال مملوك على الشيوع ، لا تكون هناك فضالة ، لان مثل هذه الاعمال لا تعد شأنا عاجلا •

الشرط الثانى : قصد تحقيق مصلحة رب العمل :

يجب أن يكون قيام الفضولى بالعمل العاجل لحساب رب العمل بقصد أداء خدمة له ، أى بقصد تحقيق مصلحة من يتم العمل لحسابه ، فان كانت الفائدة التى عادت على الغير قد تحققت بمناسبة عمل يقوم به الشخص لمصلحة نفسه ، كما لو أصلح خللا فى منزل يظنه منزله ، ثم ظهر له أنه ملك الغير : فهذا الشخص لا يعتبر فضوليا ولا يرجع على مالك المنزل وفقا لاحكام الفضالة ، بل يرجع عليه وفقا لقواعد الاثراء بلا سبب(١) •

واذا قام مستأجر باجراء الترميمات الضرورية التى يلتزم بها المؤجر بسبب خطورة تركها بلا ترميم وبسبب غيبة المؤجر ، لا يكون المستأجر مع ذلك فضوليا ، لانه يقصد من المبادرة الى عمل هذه الترميمات الى تحقيق مصلحته هو ، بدرء الخطر عن نفسه وعن أمواله ، ويكون رجوع المستأجر على المؤجر فى هذه الحال ، وفقا لقواعد عقد الايجار •

---

(١) فقصد خدمة الغير فى الفضالة هو الذى يميزها عن الاثراء على حساب الغير •

ويكفى أن تنصرف نية الفضولى الى تحقيق مصلحة الغير ، ولو تبين بعد ذلك أن الشخص الذى ظن أنه يدير أعماله ، ليس هو الذى تمت الاعمال لحسابه فعلا ، أى لا يلزم أن تتجه نية الفضولى الى تحقيق مصلحة شخص بالذات ، ليكون فضوليا بالنسبة له ، بل يكفى أن تنصرف نية الفضولى الى خدمة الغير بصفة عامة ، فيتوافر له وصف الفضولى بالنسبة لمن تتم الاعمال لحسابه ، فمن يسعف شخصا من كارثة وهو يظنه شخصا معينا فيتبين أنه أخوه ، يكون فضوليا بالنسبة للاخ .

ولكن ان كانت مصلحة الغير مرتبطة بمصلحة الفضولى ، فان ما يقوم به من أعمال عاجلة تحقق مصلحة الغير مع مصلحته الشخصية ، يجعله فضوليا بالنسبة للغير ، وقد نصت على ذلك المادة ١٨٩ مدنى التى تقضى بأن « تتحقق الفضالة ولو كان الفضولى ، فى أثناء توليه شأنا لنفسه ، قد تولى شأن غيره ، لما بين الشأنين من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلا عن الآخر » . فالمالك على الشيوع الذى يتم اصلاحا عاجلا فى كل الشىء المملوك على الشيوع أو الذى يؤجره فى صفقة سانحة لا تعوض ، يعتبر فضوليا فيلتزم باقى الشركاء بتصرفه كما يحق له الرجوع على شركائه الآخرين بكل ما تقتضيه نيابته عنهم فى هذه الاعمال(١) .

الشرط الثالث : عدم التزام الفضولى بالاعمال التى يتمها :

يجب ألا يكون من يقوم بعمل لحساب الغير ، ملتزما به ، حتى يعتبر فضوليا . فاذا كان من واجبه القيام به سواء باعتباره وكيلا عن الغير ، أو باعتباره مقاولا وبناء على اتفاق مع الغير ، أم كان من واجبه القيام به بحكم القانون لانه ولى أو وصى على صاحب الاعمال .

---

(١) ويلاحظ ان المادة ٨٢٨ — ٣ مدنى تجعل تولى احد الشركاء ادارة الملك الشائع دون اعتراض من باقيهم مؤديا الى اعتباره وكيلا عنهم ، ولو لم يكن الشأن عاجلا .

أم كان ملتزما بالقيام به بناء على تعيينه حارسا على أموال الغير بحكم القضاء ، اذا كان العمل الذى قام به الشخص لحساب الغير واجبا عليه لاحد هذه الاسباب ، لم يكن فضوليا ، بل تحكم علاقته بصاحب الاعمال ، القواعد القانونية الاخرى التى تترتب على طبيعة هذه العلاقة (الاتفاق أو نصوص القانون المنظمة للولاية على المال أو قواعد الحراسة) •

ولكن يجب ، من ناحية أخرى ، ألا يكون من يتم الاعمال لحساب الغير ، قد نهى عن القيام بها من هذا الغير ، فاذا كانت الفضالة غير محتاجة لقيامها الى علم صاحب الاعمال بما يقوم به الفضولى ، أو الى موافقته على ذلك ، فانها لا تقوم اذا نهى صاحب الاعمال الشخص عن القيام بأى عمل لحسابه ، فاذا بدأ شخص فى القيام بعمل عاجل لحساب آخر ، فعلم صاحب الاعمال ، وطلب منه عدم المضى فيها ، زالت صفته كفضولى منذ ذلك الوقت ، وتعين عليه التوقف عن اتمامها • فاذا استمر رغم ذلك ، لم يكن فضوليا ، وان جاز له ، أن ترتب على عمله اثراء لرب الاعمال ، أن يرجع عليه وفقا لقواعد الاثراء بلا سبب • هذا مع ملاحظة أن تدخل شخص فى أعمال الغير رغم نهيه عن ذلك يعد خطأ من جانبه ، يجعله مسئولا عن أى ضرر يترتب على هذا التدخل •

١٣٢ ـ أحكام الفضالة :

اذا توافرت شروط الفضالة ، وتحققت صفة الفضولى فيمن يقوم بالاعمال لحساب الغير ، ترتبت على ذلك احكام الفضالة ، بما تنشئه من التزامات على عاتق كل من الفضولى ورب الاعمال ، ونبين فيما يلى هذه الالتزامات •

١ ـ التزامات الفضولى :

اذا بدأ شخص عملا لحساب الغير ، مع توافر الشروط التى تجعله فضوليا ، يجعل القانون عليه ، بهذه الصفة ، أى باعتباره

فضوليا ، التزامات نص عليها القانون المدنى فى المواد من ١٩١ الى ١٩٣ ، هذه الالتزامات هى :

١ — المضى فيما بدأه من الاعمال حتى يتمكن رب العمل من الاستمرار فيها .

٢ — اخطار رب العمل بتدخله متى استطاع ذلك .

٣ — أن يبذل فى القيام بالعمل ، عناية الشخص العادى .

٤ — أن يقدم حسابا عن عمله ، وأن يرد ما استولى عليه بسبب الفضالة .

ونتكلم عن كل من هذه الالتزامات ، مع الاشارة الى الاهلية اللازمة لتحمل الفضولى بكل منها ، وكذا الى أثر موت الفضولى أو رب العمل ، عليها .

الالتزام الاول : المضى فى الاعمال :

تنص المادة ١٩١ من القانون المدنى على أنه « يجب على الفضولى أن يمضى فى العمل الذى بدأه الى أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه » . والقصد من هذا الالتزام هو حماية رب العمل من مخاطر وقف العمل قبل اتمامه وقبل تمكنه من الاستمرار فيه . كما أنه ، من ناحية أخرى ، يمنع التدخل فى شئون الغير عن خفة واستهتار ، مادام كل متدخل يجد نفسه ملتزما بعدم ترك الاعمال قبل أن يسلمها لاصحابها . ويسقط التزام الفضولى بالمضى فى الاعمال بمجرد بدء صاحبها فى توليها . فمن بدأ فى مكافحة آفة فى زراعة الغير أو حدائقه التزم بالاستمرار فى ذلك حتى يتسلم العمل منه صاحب الزراعة أو الحديقة ، وكذا من أبرم عن الغير تصرفا عاجلا ، وضروريا ، التزم بالمضى فيما يلزم بعد ذلك من اجراءات التسجيل أو التمهيد للتنفيذ أو البدء فيه ، حتى يستطيع من أبرم التصرف لحسابه ، أن يتدخل بنفسه للقيام بهذه الاعمال .

الالتزام الثانى : اخطار رب العمل :

وتتناوله أيضا المادة ١٩١ مدنى ، التى يقول بقية نصها « كما يجب (على الفضولى) أن يخطر بتدخله رب العمل متى استطاع ذلك » ، وهو ما يعنى أن على الفضولى أن يخطر رب الاعمال بما يقوم به بمجرد تمكنه من ذلك ، وذلك حتى يستعمل حقه اما فى نهى الفضولى عن اتمام الاعمال ، أو حقه فى تولى العمل بنفسه بدلا من الفضولى ، ان رغب فى ذلك .

الالتزام الثالث : بذل عنايه الشخص العادى :

وتنص على هذا الالتزام ، المادة ١٩٢ مدنى ، وهى تقضى بأنه « ١ — يجب على الفضولى أن يبذل فى القيام بالعمل ، عناية الشخص العادى ، ويكون مسئولا عن خطئه . ومع ذلك يجوز للقاضى أن ينقص التعويض المترتب على هذا الخطأ اذا كانت الظروف تبرر ذلك . ٢ — واذا عهد الفضولى الى غيره بكل العمل أو ببعضه كان مسئولا عن تصرفات نائبه ، دون اخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة على هذا النائب . ٣ — واذا تعدد الفضوليون بعمل واحد ، كانوا متضامنين فى المسئولية » .

فالعناية التى تطلب من الفضولى فى القيام بالاعمال لحساب رب العمل هى عناية الشخص العادى[1] ، فاذا نسب اليه خطأ فى ذلك ، ترتب عليه ضرر لرب العمل ، فالمفروض أن يتحمل نتيجة الخطأ بتعويض رب العمل عن الضرر الحادث عنه ؛ ولكن القانون أجاز للقاضى مع ذلك أن ينقص ما يلزم به الفضولى من تعويض اذا كانت الظروف تبرر ذلك ، وهو حكم يعكس تقدير القانون لتطوع الفضولى

---

(١) والكلام عن العناية التى يبذلها فى العمل ، يعنى أن التزامه ليس التزاما بنتيجة معينة ، وانما هو التزام بالقيام بالأعمال دون ضمان لنتيجة معينة .

لخدمة الغير ، بما ينطوى عليه ذلك من ايثار يكافأ الفضولى عليه ببعض التسامح فى محاسبته عن ما قد يصدر منه من اهمال فى الاعمال التى يقوم بها باعتباره فضوليا ، ولا يتصور لذلك أن يخفف القانون من مسئولية الفضولى اذا نشأت عن العمد ، لان تخفيف المسئولية لا يتصور الا بالنسبة لشخص حسن النية ، ومن يتعمد الاضرار بالغير لا يمكن أن يكون حسن النية (ويمكن أن يشبه الخطأ الجسيم بالعمد فى هذا المجال أيضا)(١) • أما خطأ الفضولى فيما لا يعد من أعمال الفضالة ، فيسأل عنه مسئولية كاملة ، كما لو انتهز فرصة دخول منزل جاره لترميمه لمنع انهيار حائط فيه ، ودعا بعض أصدقائه لزيارته فيه ، فأتلفوا بعض الاثاث أو حطموا بعض الادوات •

وقد ينيب الفضولى عنه شخصا آخر فى القيام بالاعمال التى تطوع للقيام بها أو بعض هذه الاعمال ، فيرتكب نائبه أخطاء تضر برب العمل ، فيكون الفضولى مسئولا عن تعويض هذه الاضرار • وقد قررت الفقرة الثانية من المادة ١٩٢ حق رب العمل فى الرجوع على الفضولى باعتباره مسئولا عن فعل النائب (مسئولية المتبوع) ، دون اخلال بما له من حق الرجوع على النائب مباشرة •

واذا تعدد الفضوليون فى عمل واحد ، كانوا ، كما تقرر ذلك الفقرة الثالثة من المادة ١٩٢ ، مسئولين بالتضامن ، يستطيع رب العمل أن يرجع على أى منهم بكل ما يستحقه قبلهم من تعويض ، ولا يلتزم بمطالبتهم جميعا ، أو بتقسيم حقه عليهم عند المطالبة •

الالتزام الرابع : تقديم الحساب ورد ما استولى عليه :

تنص المادة ١٩٣ مدنى على أن « يلتزم الفضولى بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولى عليه بسبب الفضالة وتقديم حساب عما قام به » •

---

(١) يرى السنهورى (الوجيز ، فقرة ٥٥٧) ان مسئولية الفضولى ليست عقدية وليست تقصيرية وانما هى مسئولية فى الفضالة .

والتزامات الوكيل فى هذا الصدد ، التى يلتزم بهــا الفضولى تحددها المــادتان ٧٠٥ و ٧٠٦ من القانون المدنى ، فالمــادة ٧٠٥ تنص على التزام الوكيل بتقديم الحســاب والمــادة ٧٠٦ تقضى بأنه ليس للوكيل أن يستعمل مال الموكل لصالح نفسه ، وأن عليه فوائد المبالغ التى يستخدمها لمصلحة نفسه من وقت استخدامها ، وعليه أيضا فوائد ما تبقى فى ذمته من حساب الوكالة من وقت أن يعذر (أى من وقت أن يطالب بهذا المبلغ) •

فاذا كان الفضولى قد تسلم أموالا لحساب رب العمل ، لا يجوز له أن يستعملها لمصلحة نفســه والا وجب عليه أن يؤدى عنهــا فوائد بالسعر القــانونى من وقت استخدامها ، فان لم يكن قــد استعملها لمصلحة نفســه فهو يلتزم بردها دون فوائدها ، وهو يلتزم بالرد من وقت قبضها لحساب رب العمل فان تأخر فى تسليمها حتى طالبه بهــا رب العمل ، فانه منذ هذه المطالبة يلتزم بأداء فوائد عنهــا ، حتى وقت دفعها الى رب العمل • كما يلتزم الفضولى بأن يرد الى رب العمل كل ما استلمه من أشياء أخرى غير النقود ، كانت لازمة للاعمال التى أداها لحساب رب العمــل ، بمجرد استغنائه عنهــا فى قيــامه بالاعمال ، فان تأخر فى ذلك التزم بتعويض رب العمل عن كل ضرر يناله من هذا التأخر •

والتزام الفضــولى بتقديم حساب عن الاعمال التى يقــوم بها ، يجعل من حق رب العمل أن يطلب اليه تقــديم الحساب ، ولا يحق للفضولى أن يتأخر عن تقديمه ، بمجرد تمكنه من ذلك •

مسئولية الفضولى عن التزامه :

تشير المــادة ١٩٦/١ الى أهلية الفضولى فتقضى بأنه « اذا لم تتوافر فى الفضولى أهلية التعاقد ، فلا يكون مسئولا عن ادارته الا بالقدر الذى أثرى به ، ما لم تــكن مسئوليته ناشــئة عن عمــل غير مشروع » •

وأهلية الفضــولى لا تبدو لها أهمية الا بالنسبة لمــا يمكن أن يقع على عاتقه من الالتزامات التى حددناها من قبل • والمــادة ١٩٦/١ تقرر أنه ان لم يكن الفضــونى كامل الاهلية (أهلية الاداء) ، فانه يكون مسئولا عن اخلاله بالتزاماته على أساس الاثراء أو على أساس المســئولية التقصــيرية ، والمسئولية على أساس الاثراء لا تلزم لها أية أهلية ، أما المسئولية على أساس « المسئولية التقصيرية » ، فيكفى لها التمييز (حتى تمكن نسبة الخطــأ الى المســئول ، كما سبق بيانه فى الكلام عن المسئولية التقصيرية) •

واشارة المادة ١٩٦/١ الى أهلية الفضولى تتعلق بعلاقة الفضولى برب العمل ، فيما يترتب على قيام الفضــالة من حقوق والتزامــات متبادلة بينهما ، وعلى أســاس أن هذه العــلاقة تشبه علاقة الاصيل بالنائب (أو علاقة الموكل بالوكيل) • ويؤخذ من نص هذه المــادة أن المسئولية الكاملة للفضولى ، عن التزاماته الناشئة عن الفضالة ، تقوم اذا كان الفضــولى كامل الاهلية (١) • فان لم يكن كذلك ، كــانت مسئوليته عنها مســئولية غير كاملة (٢) (على أساس الاثــراء أو المسئولية التقصيرية) •

ولكن التساؤل عن أهلية الفضولى ، يثور أيضا لتحــديد قدرته على القيام بالاعمال التى تتحقق بها الفضــالة ، ومن هــذه الناحية نستطيع أن نقول أن قيام شخص بأعمال تجعله فضوليا ، بما يقتضيه

---

(١) والواقع أن التزام الفضــولى ببذل عناية الشخص العادى فى قيامه بادارة شئون رب العمل وكذا التزامه برد ما تســلمه لحساب رب العمل أو ما استولى عليه من أمواله . وكــذا التزامه بتقديم حســاب عن أعماله ، التزامات لا تنشأ عادة ، فى العــلاقة العقدية ، الا على من يكون كامل الاهلية .

(٢) وهذا واضــح من نص الفقرة الثانية من المادة التى تتكلم عن أهلية رب العمــل ، وهى تقول : « أما رب العمــل فتبقى مسئوليته كاملة ، ولو لم تتوافر فيه أهلية التعاقد » .

ذلك من قصده الى اسداء خدمة للغير ، يستلزم أن يكون الفضـولى مميزا ، والتمييز كاف لاعتباره فضوليا سـواء أكانت الاعمال التى يقوم بها أعمالا مادية ، أو تصرفات قانونيـة يبرمهـا نيابة عن رب العمل ، ذلك أن نيابة شخص عن آخر فى ابرام تصرف لا تقتضى أن يكون النائب كامل الاهلية ، بل يكفى لهـا أن يكون النائب ممـيزا كما سبق أن رأينا فى دراسـتنا للنيابة ، ما دامت أهلية ابرام التصرف الذى تولاه النائب ، متوافرة فى الاصيل (فى رب العمل) •

على أن الفضـولى قد يبرم التصرف باسـمه هو لا باسم رب العمل ، ويلزم فى هـذه الحال ، أن يكون الفضـولى أهلا للتصرف الذى يبرمه باسم نفسه (١) •

وفاة الفضولى وأثرها على التزاماته .

نصت المـادة ١٩٤ مدنى فى فقرتها الاولى على أثر موت الفضولى على التزاماته ، فقضت بأنه « اذا مات الفضولى التزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل طبقا لاحكام المـادة ٧١٧ فقرة ٢ » • والمادة ٢/٧١٧ تنص على أنه « فى حالة انتهاء الوكالة بمـوت الوكيـل يجب على ورثتـه ، اذا توافرت فيهم الاهليـة ، وكانوا على علم بالوكالـة ، أن يبادروا الى اخطار الموكل بموت مورثهم وأن يتخذوا من التدبيرات ما تقتضيه الحال لصالح الموكل » •

وعلى ذلك اذا مات الفضـولى ، فان ورثة هذا الفضولى ، اذا كانوا يعلمون بالفضـالة واذا توافرت لهم الاهلية ، يلتزمون بالمبادرة الى اخطار رب العمل بموت مورثهم كما يلتزمون بأن يحافظوا على ما أتمه مورثهم من عمل لمصلحة رب العمل بصورة تحول دون حـدوث

---

(١) وان كان بطلان تصرفه بسبب نقص أهليته ، لا يتمسك به الا ناقص الاهلية أى الفضـولى نفسـه ، فاذا قبل الغير أن يتعامـل مع الفضولى القاصر مثلا ، لم يكن له أن يتمسـك بنقص أهلية الفضـولى لابطال التصرف والتخلص من تعاقده .

ضرر له ، حتى يتمكن رب العمل من مباشرة أعماله بنفسه ، فان أخلوا بالتزاماتهم فى هذا الصدد كانوا مسئولين شخصيا (أى بمقتضى التزام ينشأ على عاتقهم بصفة أصلية وليس باعتبارهم مجرد خلف عام للفضولى) ، عن كل ضرر ينتج لرب العمل من هذا الاخلال •

أما اذا مات رب العمل ، فان موته لا يؤثر على التزامات الفضولى ، بل تبقى واجباته ، لمصلحة ورثة رب العمل ، كما كانت تقوم لمصلحة رب العمل نفسه • وتنص على ذلك الفقرة الثانية من المادة ١٩٤ التى تقضى بأنه « اذا مات رب العمل ، بقى الفضولى ملتزما نحو الورثة بما كان ملتزما به نحو مورثهم » (١) •

(ب) التزامات رب العمل :

تجمع هذه التزامات المادة ١٩٥ من القانون المدنى ، وهى تنص على أن « يعتبر الفضولى نائبا عن رب العمل ، متى كان قد بذل فى ادارته عناية الشخص العادى ، ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة • وفى هذه الحالة يكون رب العمل ملزما بأن ينفذ التعهدات التى عقدها الفضولى لحسابه ، وأن يعوضه عن التعهدات التى التزم بها ، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التى سوغتها الظروف مضافا اليها فوائدها من يوم دفعها ، وأن يعوضه عن الضرر الذى لحقه بسبب قيامه بالعمل ، ولا يستحق الفضولى أجرا على عمله الا أن يكون من أعمال مهنته » •

ومن هذا النص يتبين أن التزامات رب العمل ، التى تنتج عن الفضالة ، هى :

---

(١) على خلاف الحال بالنسبة للوكالة ، التى تنقضى بموت الموكل . ولا يلزم الوكيل باداء ما وكل فيه لمصلحة ورثته ، ويبرر هذا الخلاف بأن النيابة بالاتفاق تقوم على علاقة ثقة بين الوكيل والموكل اما نيابة الفضولى فتقوم بحكم القانون ، دون حاجة الى قيام اية صلة بين طرفيها — السنهورى ، الوجيز ، فقرة ٥٦٠ .

١ — التزامه بما أبرمه الفضولي من عقود ، كالتزام الاصيل بتصرفات نائبه •

٢ — تعويض الفضولي عما صرفه من نفقات في قيامه بالاعمال وعن جهده في ذلك •

٣ — تعويض الفضولي عما يلحقه من ضرر بسبب تصديه لخدمة رب العمل •

ونتكلم عن كل من هذه الالتزامات ، فيما يلي (١) :

الالتزام الاول : التزام رب العمل بتعهدات الفضولي :

وهذا الالتزام نتيجة طبيعية لاعتبار الفضولي نائبا عن رب العمل فيما يبرمه من تصرفاته لحسابه ، اذا توافرت شروط الفضالة • فالقانون يعتبر الفضولي نائبا عن رب العمل ، ويجعل التزام هذا الاخير بتعهدات الفضولي لحسابه ، كالتزام الاصيل بتعهدات نائبه عنه في حدود النيابة ، فيكسب الحقوق التي تنشأ من عقود الفضولي ، كما يتحمل ، مباشرة ، بالالتزامات التي تترتب على عقوده وتعهداته (٢) •

---

(١) ويلاحظ ان المادة ١٩٥ تضع حدودا عامة لترتب هذه الالتزامات على عاتق رب العمل بنصها على ان نيابة الفضولي عن رب العمل ، لا تقوم الا اذا كان قد بذل في ادارته أعمال الفضالة عناية الشخص العادي ، فاذا ثبت ذلك ترتبت التزامات رب العمل . فالنص يقول « وفي هذه الحالة (اى اذا كان الفضولي قد بذل عناية الشخص العادي) يكون رب العمل ملزما ... الخ » . ولكن هذا النص لا يعني ان التزامات رب العمل لا تنشأ الا اذا كان الفضولي قد بذل عناية الشخص العادي في ادارته ، وانما تعني ان هذه الالتزامات تنشأ في حدود ما تقتضيه الادارة القائمة على عناية الشخص العادي من اعباء ، سواء بالنسبة لتعهدات الفضولي عن رب العمل ، او ما انفقه وتكلفه للقيام بالاعمال ، او ما تحمله من اضرار في سبيل القيام بها . وهو بهذا قيد عام تفرضه المبادىء العامة للقانون .

(٢) وفقا للقواعد التي سبق عرضها في احكام النيابة .

الالتزام الثانى : رد ما تكلفه الفضولى :

ويشمل ما يلتزم رب العمل برده الى الفضولى ، ما أنفقه الفضولى فى سبيل اتمام الاعمال ، وسواء أكان قيامه بالاعمال بنفسه ، وباستعمال أدوات كان يملكها ، أو عن طريق الاتفاق مع شخص آخر ، كمقاول تعاقد معه الفضولى ، وأدى له الفضولى ما يستحقه عن المقاولة • وبالاضافة الى أصل المبالغ التى يستحقها الفضولى يلتزم رب العمل بفوائدها من وقت انفاقها لحسابه •

ويشير نص المادة ١٩٥ الى التزام رب العمل برد المصروفات الضرورية والنافعة ، والمصروفات الضرورية هى تلك التى كان انفاقها واجبا لتحقيق مصلحة رب العمل ، كمصروفات ترميم الحائط الذى أوشك على الانهيار ، أو مصروفات جنى المحصول الذى تعرض للتلف بسبب التأخر فى جنيه • والمصروفات النافعة هى تلك التى تفيد رب العمل دون أن يكون انفاقها واجبا بالضرورة ، كمصروفات طلاء الحائط بعد ترميمه أو تخزين المحصول فى مكان أمين بعد جنيه • ويلاحظ أن النص يقصر التزام رب العمل بالرد ، على المصروفات التى سوغتها الظروف ، وهو يقصد بذلك أن تكون هذه المصروفات معقولة غير مغالى فيها ، رغبة فى تجنب ارهاق رب العمل (١) •

ويدخل ضمن ما يلتزم رب العمل بأدائه الى الفضولى ، ما يستحقه الفضولى عن الجهد الذى يبذله من أجر ، اذا كان العمل الذى قام به يدخل فى أعمال مهنته ، كما لو كان طبيبا قام بعلاج رب العمل (أو من يلتزم رب العمل بالانفاق عليهم) ، أو كان الفضولى محاميا ، قام باجراء قضائى عاجل لمصلحة رب العمل ، أما ان كان

---

(١) والشرط الذى ورد فى صدر المادة ١٩٤ من ضرورة بذل الفضولى عناية الشخص العادى فى ادارته ، يحقق نفس نتيجة وصف المصروفات التى يلتزم رب العمل بردها بأنها المصروفات التى تسوغها الظروف .

العمل لا يدخل فى أعمال مهنته فلا يستحق عنه أجرا ، كمحام يرمم حائط جاره الذى يوشك أن ينهار •

الالتزام الثالث : تعويض الفضولى عما لحقه من ضرر :

فاذا أصيب الفضولى ، فى قيامه بأعمال الفضالة وبسببها ، بضرر لم يكن فى امكانه تجنب وقوعه له ببذل جهد معقول ، فان رب العمل يلتزم ، بالاضافة الى التزامه برد ما تكلفه الفضولى ، بتعويض الفضولى عن هذا الضرر ، فالطبيب الذى ينهمك فى علاج رب العمل لانقاذه من مرض خطير يهدد حياته ، فتفوت عليه بعض مصالحه الاخرى ، أو تنتقل اليه عدوى المرض بسبب تفانيه فى خدمة المريض ، يستحق تعويضا عن هذه الاضرار من رب العمل ، فوق ما يستحقه من أجر تكاليف العلاج • وقد عنى النص بأن يذكر تعويض الفضولى عن أضراره ، بين التزامات رب العمل ، رغم امكان ادخالها فى تكاليف الاعمال التى يلتزم رب العمل بردها ، تأكيدا لحقه فى هذا التعويض •

اهلية رب العمل :

ويلاحظ أن التزام رب العمل بالالتزامات السابقة ، لا يقتضى أهلية ما ، فاذا اجتمعت شروط الفضالة ، وترتبت له فائدة الاعمال التى قام بها الفضولى ، نشأت على عاتقه الالتزامات السابقة ولو كان غير مميز (١) ، وان كان نائبه القانونى من ولى أو وصى أو قيم ، هو

---

(١) ويبرر السنهورى ذلك بأن أساس التزامه هو الاثراء بلا سبب الذى لا تلزم اية اهلية للالتزام برده (الوجيز فقرة ٥٦٧) ، ونحن نلاحظ ان التزام رب العمل غير المميز يمكن ان يفسر ايضا على اساس النيابة القانونية للفضولى عن رب العمل ، والنيابة القانونية جائزة بالنسبة لاصيل غير مميز ، ولكن فى هذه الحال يجب ان يكون الفضولى كامل الأهلية بالنسبة لما يبرمه عن رب العمل من تصرفات .

الذى ستوجه اليه المطالبة بهذه الالتزامات . والفقرة الثانية من المادة ١٩٦ تنص على عدم لزوم الاهلية فى رب العمــل ، على خلاف الحال بالنسبة لبعض التزامات الفضــولى فتقول « أما رب العمل ، فتبقى مسئوليته كاملة ، ولو لم تتوافر فيه أهلية التعاقد » .

موت رب العمــل :

لا يؤثر موت رب العمل على ما يلتزم به وفقا لاحكام الفضالة ، فتنتقل هذه الالتزامات الى ورثته فى حدود ما ينتقل اليهم من حقوق التركة ، أى يؤدونها من الامــوال التى ورثوها ولا يلتزمــون بها فى أموالهم الخاصــة ، وفقا للقواعــد العامة فى انتقال الالتزامات الى الخلف العام .

واذا مات الفضــولى ، فان حقوقه قبل رب العمــل تنتقل الى ورثته ، ويلتزم رب العمــل بها لهم ، دون أن يؤثر موت الفضــولى على التزامه .

تقادم المطالبة بالحقوق الناشئة عن الفضالة :

تحدد المادة ١٩٧ من القانون المدنى ، المدة التى تسقط بها حقوق كل من الفضولى ورب العمل فى المطالبة بحقوقهم المترتبة على الفضالة ، فتقضى بأن « تسقط الدعوى الناشئة عن الفضــالة بانقضاء ثــلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه كل طرف بحقه ، وتســقط كذلك فى جميع الاحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذى ينشــأ فيه هذا الحق » . وهو حكم يشبه ذلك الذى أخذ به القانون المدنى فى تحديد مدة تقادم الدعوى فى المسئولية التقصيرية وفى الاثراء بــلا سبب وفى رد غير المستحق ، مع تطبيقه على حقوق كل من الفضولى ورب العمل .

الباب الرابع

القانـــون

١٣٣ ــ القانون مصدر غير مباشر لكل التزام :

اذا كنا تكلمنا من قبل عن مصـــادر للالتزام غير القانـــون ، كالتصرف القانونى أو الفعل الضار أو الفعـــل النافع ، فليس معنى هذا أن هذه الوقائع تعتبر بذاتها ، مصادر للالتزام ، غـــير مستندة فى هذا الى القانون ، فالقانون هو الذى يجعلها مصادر للالتزام ، وهو الذى يجعـــل وجودها ، متوافرة على الشروط التى يضـــعها لهـــا القانون ، شرط ترتب أثرها القانونى ، أى نشوء الالتزام ، فالقانـــون اذن هو المصدر غير المباشر لكل الالتزامات ، بل لكل أثر قانونى •

الا أن من بين الوقائع التى تترتب عليها آثار قانونيـــة وقائع توصف بأنها وقائع طبيعية ، لان وقوعها لا يتوقف على رغبة الانسان أو على فعله ، فهى تحدث دون تدخل من الانسان ، ولذا توضع ، فى تقسيم مصادر الالتزام ، كطائفة من الوقائع القانونية ، تقابل تلك التى تحدث بتدخل الانسان والتى نسميها الوقائع الانسانية • ومن أمثلتها مرور الزمن وثورة البراكين وحدوث الزلازل ، والميـــلاد وما يترتب عليه من وجود الشخص ، وقيـــام علاقات القرابة والجـــوار وغير ذلك •

وقد درج الفقه على نسبة الآثار التى يرتبهـــا القانـــون على الوقائع الطبيعية الى القانون مباشرة ، فلا يقال أن هذا الاثر أو ذاك مما يترتب على هذه الوقائع ، مصدره واقعة طبيعية ، بل يقـــال انه ينشأ مباشرة من القانون ، ولذا فالكلام عن القانون كمصدر للالتزام ،

هو كلام عن الالتزام الذى ينشأ عن واقعة طبيعية ، فلا ينسب الى هذه الواقعة بل ينسب مباشرة الى القانون •

وفى كل حل تنشأ فيها التزامات عن واقعة طبيعية ، فان القانون يحدد مضمون هذه الالتزامات وشروط وجودها ، وفقا لطبيعة هذه الواقعة ، ولذا لا توجد قواعد عامة لبيان نظام الالتزامات التى تنسب الى القانون ، بل تتحدد شروط نشوء كل التزام منها بقواعد خاصة يضعها القانون له وحده ، وان كان معنى الالتزام وآثاره ، ولو كان ناشئا عن القانون مباشرة ، لا يختلف عن معنى وأحكام الالتزام بصفة عامة •

وفى ضوء هذه الملاحظات نستطيع أن نفهم معنى نص القانون المدنى المصرى على القانون كمصدر مباشر للالتزام فى المادة ١٩٨ •

١٣٤ — القانون كمصدر مباشر للالتزام :

تنص المادة ١٩٨ من القانون المدنى على أن « الالتزامات التى تنشأ مباشرة عن القانون وحده ، تسرى عليها النصوص القانونية التى أنشأتها » •

وهذا النص يشير الى الالتزامات التى تنشأ مباشرة عن القانون وحده ، أى تلك التى تنشأ عن الوقائع الطبيعية ، ولا يضع أية قواعد أو أحكام لهذه الالتزامات بصفة عامة ، وانما يحيل فى ذلك الى القواعد الخاصة بكل التزام منها •

ولكننا نلاحظ أن أغلب الواجبات القانونية التى تقوم استنادا الى وقائع طبيعية ، كمجرد وجود الانسان (ونشوء شخصيته القانونية استنادا الى واقعة الميلاد) تكون واجبات عامة ، مضمونها سلبى دائما ، هو ضرورة عدم الاعتداء على نفس الغير أو أمواله ، أو عدم التعسف فى استعمال الحقوق ، أو عدم الاضرار بالجيران

وان نشـــأت التزامات عن مثـــل هذه الواقعـــة . فيكون ذلك نادرا ، وعادة فى غير نطاق القانون المدنى ، كالتزام كل انســـان بالخـــدمة العسكرية وكالتزام الشخص بالضريبة اذا فرضـــت هذه الضريبة على الرءوس أى دون حاجة الى الحصول على كسب معين أو القيام بأى نشـــاط خاص .

وفى أحوال قليلة قد تنشأ عن الوقائع الطبيعية ، التزامـــات فى نطاق القانون المدنى ، تنسب عندئذ مباشرة الى القانون ، كالالتزام بالنفقة للأولاد والاقارب . وفى هذه الاحوال تحدد نصوص القانـــون مضمون كل التزام وشروط التحمل به .

ولذا فاننا نكتفى فى الكلام عن هذه الالتزامات القانـــونية ، بهذه الاشارة اليها ، على أساس أنها لا تخضع لقواعد تكون نظرية عامة ، وعلى أســـاس أن دراســـتها تكون فى دراسة كل التزام منها على حـــدة .

تـــم بحمـــد اللـــه

فهرس

رقم الفقرة — الصفحة

الفقرة رقم		الصفحة

٢ — سلامة الارادة (الرضا)

شروط الاكراه

رقم الفقرة | الصفحة

الفصل التمهيدى

معنى المسئولية وتطورهـا

الفصل الاول

المسئولية عن الفعل الشخصى

١ — الخطـــا

٢ — الضرر

٣ — علاقة السببية بين الخطا والضرر

رقم الفقرة | الصفحة

المبحث الثانى

المسئولية عن ضرر الأشياء

رقم الايداع ١٦٩٢ / ١٩٩٢

الترقيم الـــدولى
T. S. B. N.
977 — 04 — 0789 — 5

المؤسسة الفنية للطباعة والنشر
حمـــدى سلامة وشركاه
٣ ش المخبز التعاون ـــ فيصل